

**LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA
EXPROPIACIÓN Y EL DERECHO DE PROPIEDAD
EN VENEZUELA Y ESPAÑA**

Presentada por:

RAMSIS GHAZZAOUI PIÑA

en cumplimiento parcial de los requisitos para el grado de
DOCTOR EN DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Director:

Dr. D. LUCIANO JOSÉ PAREJO ALFONSO

Madrid, febrero de 2019

Esta tesis se distribuye bajo licencia “Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**”.



A mi madre, por todo, por tanto.

AGRADECIMIENTOS

Al Doctor Don Luciano Parejo Alfonso, por sus consejos, guía, colaboración y disposición para conmigo.

Al Profesor Doctor Allan R. Brewer-Carías, por su invaluable apoyo y solidaridad y por creer en mí, cuando menos lo esperaba.

A los Profesores Doctores Juan Carlos Cassagne y Néstor Pedro Sagües, quiénes me acompañaron al inicio de esta empresa y me honran con su amistad.

Al Profesor Doctor Román J. Duque Corredor, quién con su amistad y ejemplo ha servido de faro en mi transitar profesional y académico.

CONTENIDOS PUBLICADOS Y PRESENTADOS

En el **Capítulo I** de la presente investigación se ha incluido parte del estudio (Trabajo de Grado) presentado por el autor para la obtención del Título de Magister en Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello, ubicada en la ciudad de Caracas, Venezuela, en el año 2012, y que lleva por título:

“EL PRINCIPIO GENERAL DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA”.

La inclusión de dicho material en la presente investigación, ha sido reseñada en una nota a pie de página en el respectivo capítulo donde se ha producido dicha inserción.

De igual manera, se deja constancia que dicho material se encuentra señalado por medios tipográficos y una referencia explícita.

En el **Capítulo III** de este estudio, de manera parcial, se incluye el trabajo realizado por el autor bajo el título:

“EL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SOBRE LAS VÍAS DE HECHO”.

Dicho trabajo se encuentra publicado en la obra que se menciona a continuación:

- CANÓNICO SARABIA, Alejandro (Coordinador), *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros mecanismos de Control del Poder Público*, Memorias del V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013, Editorial Jurídica Venezolana-CAJO,

Caracas, 2013.

La inclusión de dicho material en la presente investigación, ha sido reseñada en una nota a pie de página en el respectivo capítulo donde se ha producido dicha inserción.

De igual manera, se deja constancia que ese material se encuentra señalado por medios tipográficos y una referencia explícita.

En los **Capítulos III y IV** de esta investigación se incluye, de forma parcial, el trabajo efectuado por el autor bajo el título:

“CONSIDERACIONES EN TORNO A LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA EXPROPIACIÓN Y EL DERECHO DE PROPIEDAD”.

Dicho estudio se encuentra publicado en las obras que se identifican seguidamente:

- GHAZZAOUI, Ramsis (Coordinador), *Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: vigencia, reforma e innovación*, XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, FUNEDA, Caracas, 2014.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y BÉJAR RIVERA, Luis José (Coordinadores), *El Derecho Administrativo en Iberoamérica, Libro Homenaje al Profesor Mariano Brito*, Universidad Panamericana, México, 2014.
- *Democracia, Derecho e Instituciones*, Cuadernos UCAB, Num. 12, Dirección General de Postgrado, UCAB, Caracas, 2014.

La inclusión de dicho material en la presente investigación, ha sido reseñada en una nota a pie de página en el respectivo capítulo donde se ha producido dicha inserción.

De igual manera, se deja constancia que ese material se encuentra señalado por medios tipográficos y una referencia explícita.

OTROS MÉRITOS DE INVESTIGACIÓN

Se reseñan otras publicaciones del autor que, si bien guardan alguna relación con el tema de la investigación, no se encuentran incluidas en la tesis, por lo cual no fueron listados en la sección anterior. Así tenemos:

- GHAZZAOUI, Ramsis, “Régimen de los bienes del Dominio Público en Venezuela” en PIZARRO, Ramón Daniel y BUTELER, Alfonso (Directores), *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el Derecho Administrativo*. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2018, ISBN: 978-987-03-3483-5.
- GHAZZAOUI, Ramsis, “Los bienes públicos en Venezuela: aproximación crítica a su regulación legal” en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica* N° 13, IJ Editores, Argentina, 2015, ISSN 2422-5851.
- GHAZZAOUI, Ramsis, “El principio de proporcionalidad en la actividad de la Administración Pública” en *Derecho Constitucional Administrativo, Homenaje al Dr. Giovanni Nani*, Universidad Arturo Michelena, San Diego, Estado Carabobo, Venezuela, 2014. ISBN: 978-980-7004-03-9
- GHAZZAOUI, Ramsis, “Consideraciones sobre el uso, gestión y aprovechamiento del dominio público” en *Derecho Administrativo: innovación, cambio y eficacia*. Thomson Reuters – La Ley. Lima, 2014. ISBN: 978-612- 4240-04-1. También en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 431, Ediciones RAP, S.A. Buenos Aires, 2014.

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONTENIDOS PUBLICADOS Y PRESENTADOS	v
OTROS MÉRITOS DE INVESTIGACIÓN	viii
ÍNDICE	ix
ABREVIATURAS	xii
RESUMEN	xiii
ABSTRACT	xiv
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES	11
1. Las garantías formales.	12
A. El contenido constitucional de los derechos.	13
B. La regulación y restricción del ejercicio de los derechos: delimitación, limitación, restricción o configuración del derecho.	19
C. La reserva de ley.	24
2. Las garantías materiales.	29
A. El contenido esencial de los derechos: intangibilidad.	31
B. La observancia del principio de proporcionalidad.	42
C. La garantía jurisdiccional o acceso a la justicia.	55
D. Adecuación al principio o sistema democrático.	62
CAPÍTULO II. LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL	67
1. Contenido del derecho de propiedad.	67
A. Previsión constitucional del derecho de propiedad en los ordenamientos de España y Venezuela.	67
B. Aproximación conceptual al derecho de propiedad.	84

C. Naturaleza jurídica del derecho de propiedad. <i>¿Derecho fundamental o derecho subjetivo debilitado?</i>	91
D. Estructura del derecho de propiedad: vertiente objetiva y vertiente subjetiva.	107
2. La función social de la propiedad. Fundamento de las limitaciones a la propiedad. Alcance.	116
3. El contenido esencial del dominio, facultades y atributos.	134
A. Facultades y atributos que integran el contenido esencial del dominio.	144
B. Una nota sobre el contenido esencial del dominio en el caso de Venezuela: El criterio jurisprudencial.	147
4. La delimitación del contenido del derecho de propiedad: la reserva específica de ley.	154
CAPÍTULO III. LA EXPROPIACIÓN COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL	165
1. Requisitos constitucionales de la expropiación.	183
A. Utilidad pública o interés social. La causa <i>expropriandi</i> .	183
B. Sentencia firme.	199
C. Justa y oportuna indemnización.	206
2. Garantías de la expropiación.	224
A. La garantía formal: El procedimiento expropiatorio, la reserva de ley específica, disposición formal que declare la utilidad pública y la declaratoria de expropiación total o parcial de la propiedad.	225
B. La garantía patrimonial: El justiprecio y el pago oportuno de justa indemnización.	242
C. La garantía o derecho de retrocesión.	269
CAPÍTULO IV. CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS	

GENERALES DE LA EXPROPIACIÓN EN VENEZUELA Y ESPAÑA.	297
1. Institución de derecho público. Carácter coactivo.	297
2. Las previsiones de los artículos 115 de la Constitución venezolana y 33.3 de la Constitución española.	307
A) Calificación del fin de utilidad pública o interés social.	307
B) Los sujetos de la expropiación.	315
C) El objeto de la expropiación.	332
D) El procedimiento expropiatorio.	339
E) La indemnización.	370
CONCLUSIONES	382
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado (España).
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
LEF	Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (España).
LEXP	Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, de fecha 1 de julio de 2002 (Venezuela).
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (España).
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (España).
REF	Reglamento de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (España).
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España.
SsTC	Sentencias del Tribunal Constitucional de España.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España.
SsTS	Sentencias del Tribunal Supremo de España.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TRLS 2015	Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana

RESUMEN

Este trabajo tiene como objeto analizar el régimen jurídico de la institución de la expropiación forzosa, como garantía constitucional del derecho de propiedad privada en España y Venezuela, que asegura al propietario una justa compensación económica por el sacrificio de verse privado de sus bienes o derechos de contenido patrimonial, cuando el poder público (el ejecutivo en especial), por razones justificadas de utilidad pública o de interés social, requiere la transmisión coactiva de éstos. Así, la investigación realizada pone de manifiesto cómo desde la propia Constitución, bajo el amparo de la cláusula general del Estado Social de Derecho, se habilita al Poder Público para que pueda intervenir en los derechos y libertades ciudadanas, funcionalizando su contenido para alcanzar los valores y fines que proclama la Constitución, previa la satisfacción de determinados requisitos de los cuales depende la licitud de su actuación y que se constituyen en verdaderas garantías del particular. Metodológicamente, este trabajo se inserta en la modalidad de investigación teórica, que ofrece la ventaja de precisar elementos empíricos del tema, complementada con una revisión documental a nivel descriptivo, por lo que constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica. La originalidad del estudio se refleja en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, reflexiones, conclusiones, recomendaciones y, en general, en el pensamiento del autor. Para ello, las técnicas utilizadas han sido las propias de la investigación documental: el análisis de contenido de naturaleza cualitativa, la observación documental, la lectura evaluativa, la técnica del resumen y fichas de trabajo. También se ha involucrado el análisis interno y externo de la bibliografía, el análisis jurídico de la información y el análisis progresivo, de donde han surgido las conclusiones y/o recomendaciones.

Descriptores: Derechos Fundamentales, Estado Social, Propiedad Privada, Función Social, Expropiación, Utilidad Pública, Interés Social, Indemnización.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the legal regime of the institution of forced expropriation, as a constitutional guarantee of the right of private property in Spain and Venezuela, which assures the owner a fair economic compensation for the sacrifice of being deprived of their property or rights of patrimonial content, when the public power (the executive in particular), for justified reasons of public utility or social interest, requires the coercive transmission of these. Thus, the research shows how from the Constitution itself, under the umbrella of the general clause of the Social State of Law, the Public Power is empowered to intervene in citizen rights and freedoms, functionalizing its content for the attainment of the purposes and values constitutionally proclaimed, previous the satisfaction of certain requirements on which the legality of its action depends and which constitute true guarantees of the individual. Methodologically, this work is inserted in the theoretical research modality, which offers the advantage of specifying empirical elements of the subject, complemented by a documentary review at a descriptive level, which is why it constitutes analytical and conceptual development research, with the support of a wide Bibliographic review. The originality of the study is reflected in the approach, criteria, conceptualizations, reflections, conclusions, recommendations and, in general, in the author's thought. For this, the techniques used have been those of documentary research: content analysis of a qualitative nature, documentary observation, evaluative reading, summary technique and worksheets. The internal and external analysis of the bibliography, the legal analysis of the information and the progressive analysis have also been involved, from which the conclusions and / or recommendations have emerged.

Key words: Fundamental Rights, Social State, Private Property, Social Function, Expropriation, Public Utility, Social Interest, Compensation.

INTRODUCCIÓN

Desde los propios orígenes del constitucionalismo, la limitación del poder público ha estado vinculada a la idea de garantizar el reconocimiento y protección de las libertades fundamentales de la persona, proclamándolas como derechos en un instrumento jurídico de máximo rango al que le es conferida genuina fuerza normativa (Constitución); al establecimiento del carácter vinculante de estos derechos para todos los poderes públicos; y a la previsión de mecanismos que aseguren su efectiva vigencia¹.

Los derechos fundamentales, de esta manera, constituyen el objetivo primordial, la expresión jurídica de los valores centrales del pacto social; representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales para conformar la sociedad: *“garantizar en todo momento la centralidad de la persona y de sus derechos e intereses y la subordinación de los poderes del Estado”*², quién no puede restringir a aquéllos sin una causa de peso y sin respaldo de una manifestación de la voluntad democrática representada en la Ley.

Con la evolución del Estado Liberal de Derecho hacia formas de Estado Social de Derecho (reconocimiento de los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”), en el cual no solamente se garantiza la vigencia y, por ende, el respeto de unos derechos civiles y políticos de los ciudadanos, sino que está obligado, sin cercenar las libertades, a crear unas condiciones básicas para garantizar la igualdad de oportunidades que permita el pleno desarrollo de la personalidad de los ciudadanos y a garantizar un mínimo vital a la población, la concepción de los derechos

¹ Al respecto, véase con provecho a CASAL H., Jesús María, *“Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones”*, Legis, Caracas, 2010, p.7.

² Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1997. p. 77.

fundamentales se ha intensificado, ampliando a su función de garantía de las libertades individuales existentes, un conjunto de principios, valores o fines que vienen a regir la acción positiva de los poderes públicos y contribuyen, con mayor amplitud y profundidad, a conformar el orden jurídico infraconstitucional a favor del goce real, por la mayoría posible de ciudadanos, de las posiciones jurídicas que son garantizadas a través de los derechos fundamentales, con la consecuente responsabilidad del Estado en la tarea de procurar que ello pueda hacerse realidad³.

El alcance de este principio social origina, como explica PAREJO ALFONSO, dos consecuencias inequívocas: la primera, que está prohibida cualquier degeneración de los derechos de libertad e igualdad, lo que implica, por una parte, que sea fortalecida la protección de los más débiles sociales ya que el Estado se encuentra obligado a tutelar (sobre todo judicialmente) sus derechos e intereses garantizados en la Constitución; por la otra, que se debilita el amparo de los socialmente poderosos o privilegiados al velar porque el ejercicio de su propia libertad no vaya en perjuicio de otros, estando entonces habilitado para intervenir compensatoriamente, desmontando las posiciones privilegiadas. La segunda de estas consecuencias, se verifica en que el principio de igualdad no puede ser interpretado como una simple exigencia formal de las posiciones, esto es, *“la preceptividad de su inteligencia desde la realidad social en términos de igualdad material”*⁴.

De ahí que, en el constitucionalismo actual, los derechos fundamentales desempeñan una doble función: por una parte (plano subjetivo), siguen actuando como garantías de libertad individual, aunado a

³ Vid. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio; HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o vías de hecho? (la degradación del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, FUNEDA-UCAB, Caracas, 2009, p. 20.

⁴ Véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1983, pp. 56 y 57.

la defensa de aspectos sociales y colectivos; por la otra (plano objetivo), han asumido una dimensión institucional al funcionalizar su contenido para la obtención de los valores y fines que se estatuyen en la Constitución⁵.

Para lograr que esos derechos sean efectivos se requiere, imprescindiblemente, de la acción del legislador, quién no tiene una simple función de aplicar la Constitución, sino una labor creadora capaz de restaurar el significado que los derechos fundamentales encierran. En este sentido, la relación entre el legislador y el derecho fundamental tiene un doble carácter; *“de un lado, los limita; del otro, los conforma, les da un contenido propio”*⁶.

Adicionalmente, como garantía de protección de la eficacia de esos derechos, la Constitución encomienda a los jueces y tribunales, de forma exclusiva, la función jurisdiccional, como parte del derecho a la tutela efectiva que tienen los ciudadanos.

Todo lo anterior sólo resulta posible bajo el contexto jurídico – político de la democracia, como expresión, por una parte, de la imbricación entre la soberanía popular y la autonomía política en ella representada, y los derechos fundamentales de la persona y la autonomía privada, por otro lado. Y es que, como expresa PEÑA FREIRE, *“la democracia es el único procedimiento de organización y decisión política compatible con las exigencias de la pluralidad y diversidad individual y social. En efecto, democracia y soberanía popular son exigencias de la afirmación de la*

⁵ Este doble carácter de los derechos fundamentales ha sido recogido por el Tribunal Constitucional Español en la sentencia de 14 de julio de 1981 (recurso de inconstitucionalidad del Parlamento Vasco contra Ley antiterrorista). Sobre el particular, véase a PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los Derechos Fundamentales*, undécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 21; asimismo, confróntese a MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 56; también, véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública...citada*, p. 63.

⁶ Vid. BAÑO LEÓN, José María, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 24, septiembre-diciembre, 1998, p.162.

supremacía de lo personal y lo social frente al poder; son exigencias de los propios derechos”⁷.

Estos rasgos o elementos a los que hemos hecho mención (reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos fundamentales; carácter supremo de la Norma Constitucional; proclamación de los principios y valores del Estado Social de Derecho y de la Democracia; y el establecimiento de la jurisdicción constitucional), se traducen en verdaderas garantías del modelo de Estado recogido en los textos constitucionales de España y Venezuela, donde los derechos esenciales del individuo (derechos fundamentales) se encuentran situados en el centro del sistema integrado por esos elementos.

Hay que destacar, en este sentido, que la construcción jurídica y evolución de los ordenamientos de países como España y Venezuela se soportan, en gran medida, en el sistema emergido de la Revolución Francesa, edificado sobre el postulado fundamental de la libertad y la propiedad, bajo una concepción individualista del Derecho en razón de la “*teoría iusnaturalista*”⁸ de la que se sustenta. De ahí que, como afirma

⁷ Véase a PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho...citada*, p. 67.

⁸ La fuente ideológica de esta teoría la encontramos en John Locke, quién reconocía a la libertad individual y la propiedad privada como el eje de la organización estatal. Afirma que existe un estado natural pre-social en el que todos los individuos tienen un derecho natural a la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad; que si bien en ese estado de naturaleza prevalece el orden y la paz, se hace necesario el paso al estado civil para asegurar la defensa de los derechos naturales. En este sentido, los ciudadanos han de constituir la sociedad y el Estado para proteger, con la fuerza común, unos derechos que de otro modo se verían amenazados, al ser casi imposible protegerlos mediante la acción individual. Para Locke, el Gobierno se basa en un contrato social entre gobernantes y gobernados, donde estos últimos sólo ceden en su libertad lo estrictamente necesario para que sus derechos sean protegidos. A tal efecto, los ciudadanos no renuncian a favor de la sociedad más que lo indispensable, siendo excepcional cualquier restricción de sus derechos. En tal virtud, establece limitaciones específicas al gobierno y, en ese sentido, desarrolla su teoría sobre la separación de poderes: *balancear el poder del gobierno colocando varias partes de él en diferentes manos*. En concreto, véase a LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, *passim*.

PAREJO ALFONSO⁹, el derecho subjetivo, la autonomía de la voluntad, el contrato y la personalidad reconocida a cada individualidad, serían las piezas del edificio jurídico emergidas de ese sistema, complementadas (visión *iuspublicista*) por la separación del Estado y la sociedad y la preservación de la autonomía social (y, a través de ésta, de los derechos subjetivos de sus componentes individuales, englobados en la ya aludida fórmula de “libertad y propiedad”), reservando al parlamento (a la Ley) toda incidencia (externa) sobre dicha autonomía.

En el marco de este esquema inicial, la propiedad privada se desvincula formalmente del poder político (al cual se encontraba ligada en el Antiguo Régimen) y pasa a constituir una de las bases del libre tráfico jurídico y económico, al concebirse como un derecho subjetivo e individual con un sustrato puramente económico y ser reconocida como derecho inviolable y sagrado, según la propia definición contenida en el artículo 17 de la mencionada Declaración de 1789; la propiedad es un aspecto de la personalidad en el campo de los bienes materiales, pues, “*siendo el hombre un ser individual, es natural que se identifique con los objetos y bienes, declarándolos suyos*”¹⁰. Aún más, como titularidad absoluta de las cosas, adopta una configuración abstracta y general, no diferenciando el tipo de bienes sobre los que recae¹¹. Así, se considera que el derecho de propiedad

⁹ Al respecto, véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, “Algunas consideraciones del derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en PARRA ARANGUREN, Fernando y RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando (Coordinadores), *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 Años Especialización en Derecho Administrativo*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 2, Caracas, Venezuela, 2001, pp. 267 y ss; en términos similares, el mismo autor en *Derecho Administrativo*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, pp. 812-814; y en “Problemas actuales del Derecho de propiedad”, *Revista de Derecho Urbanístico No. 1*, 1993, pp. 8-11.

¹⁰ Vid. ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 208.

¹¹ Desde esta concepción, el derecho de propiedad comprende a las denominadas propiedades especiales, ya que no diferencia el tipo de bienes sobre los que recae, al aplicarse por igual sobre los inmuebles, a los medios de producción, al dinero y títulos valores, bienes de consumo o los de carácter suntuario, todos susceptibles de transacción

es absoluto: en su contenido, concede al titular un poder pleno sobre la cosa o el bien que constituye su objeto (poder para usarla o no y para hacer con ella lo que demande su interés sin más limitaciones que las impuestas por las leyes); produce efectos frente a terceros, quienes deben respetar el ejercicio de su poder por el titular; también, por tener duración indefinida y no extinguirse a causa de la muerte del titular (transmisibile por herencia).

Posteriormente, con la llegada del Estado Social, se produce una transformación profunda en la concepción individualista y liberal del derecho de propiedad, hacia una concepción esencialmente socialista, al introducir la noción de la función social como argumento que justifica la limitación y ordenación de ese derecho por parte del Estado. Bajo la tesis sostenida por DUGUIT¹², quien consideraba que la propiedad no era que tenía una función social que cumplir, sino que debía ser considerada como una función social, se produjo una mutación total de la noción de “*propiedad-derecho*” en una “*propiedad-función*”. La principal causa de este cambio obedeció a la crisis conceptual del derecho subjetivo y la autonomía de la voluntad, especialmente, por la insuficiencia de la propiedad en su construcción como derecho subjetivo, que agotaba la institución en la pura utilidad individual o egoísta del titular. En tal sentido, según DUGUIT, debía enfatizarse, en su dimensión jurídica, su vertiente social, en donde la situación de uso, disfrute

en el mercado. Véase en este sentido a SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo: Parte general*, Editorial Tecnos, Madrid, p. 687.

¹² Duguit, al referirse a la evolución de la propiedad privada, afirma que al igual que las necesidades económicas se transforman profundamente, la propiedad como institución jurídica debe transformarse también. “(...) *De ahí que la propiedad, por decirlo así, se socialice. Esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas; pero significa dos cosas: primeramente, que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo, para convertirse en una función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosas...*” DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile, 1987, p. 130.

y disposición del bien se legitima básicamente en su utilidad social¹³.

Esta visión de la propiedad radica en que el nuevo fin (social) que le otorga legitimidad no se encuentra fuera de la misma, sino dentro de ella conformando el propio contenido del Derecho, donde éste, no es que tenga unos límites derivados de necesidades sociales, sino que *“el interés general o colectivo (valores o bienes jurídicos protegidos en cada caso por la colectividad políticamente institucionalizada) le confiere sus perfiles propios (junto con la libertad de disposición del titular, que no desaparece)”*¹⁴.

Ahora bien, como advierte PAREJO ALFONSO, con la llegada del Estado Social y Democrático de Derecho, la fórmula en cuestión no es pacífica para su interpretación y aplicación, al convivir los valores y principios contradictorios y de ardua conciliación del Estado Social y el Estado de Derecho por una parte, y la pervivencia de la formulación dogmática en el Estado de Derecho de la concepción liberal y burguesa de la propiedad, especialmente, la inmobiliaria en general y del suelo en concreto, por la otra¹⁵.

No obstante, a pesar de las visiones que se tengan de estos modelos supuestamente antagónicos, la propiedad, como institución jurídica, resuelve una necesidad social básica de contenido económico: *“la organización de la asignación, distribución, uso y disposición de las cosas o bienes”*. De ahí su capital importancia en la economía de todo orden constitucional, puesto que

¹³ Para Duguit, todo individuo tiene en la sociedad una cierta función para cumplir, una cierta tarea que ejecutar. No concibe a la libertad como un derecho, sino como la consecuencia de la obligación que el ciudadano tiene con la sociedad como expresión de la solidaridad social. De tal manera que la propiedad *“no es un derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza”*. Si bien no niega el derecho del propietario sobre los factores de producción (uso del bien de acuerdo a la libertad de la persona para la satisfacción de sus necesidades individuales), considera que el propietario *“tiene el deber – y el poder – de emplear sus bienes en la satisfacción de necesidades comunes, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias”*. Cfr. DUGUIT, León, *Las transformaciones generales...loc.cit., passim*.

¹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Idem*.

¹⁵ *Ibidem*.

contribuye - decisivamente - a la definición del modelo económico y social de éste y a su desarrollo¹⁶.

Como veremos en su oportunidad, la noción de función social de la propiedad acogida en los ordenamientos de España y Venezuela¹⁷ no sigue el planteamiento de Duguit en su esencia, al tomar de éste – básicamente – la idea según la cual se enfatiza que la propiedad privada no es ya un derecho absoluto, sino que se trata, contrariamente, de un derecho susceptible de ser limitado por el Estado para promover la satisfacción de las necesidades sociales.

En efecto, la propiedad privada en España como en Venezuela no se encuentra consagrada como un derecho absoluto; tanto así que Estado, para la realización de obras y servicios en cumplimiento de sus altos fines y de la específica función social de la propiedad, puede reclamar coactivamente del particular la transferencia de la titularidad de determinados bienes o derechos, acudiendo para ello al instituto de la expropiación forzosa.

No obstante, el ejercicio de la potestad expropiatoria que le es reconocida en la Constitución al Estado no implica en modo alguno su ejercicio arbitrario, sino que, por el contrario, exige el cumplimiento de determinadas formalidades y requisitos que determinan la licitud de su actuar, y que se constituyen en verdaderas garantías para el propietario afectado por la medida estatal, ya que son tutelables judicialmente.

En este sentido, la investigación se ha planteado desde el análisis de la institución de la expropiación forzosa como garantía constitucional del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de Venezuela y España, dividida en cuatro capítulos que han sido ordenados de la manera

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ En el caso de Venezuela la noción empleada en la Constitución es la de “*utilidad pública o de interés general*” (art. 115).

que se indica:

Un primer capítulo, en el cual son analizadas las *“Garantías de los Derechos y Libertades”*, comprendidos desde un punto de vista formal, que abarca su contenido constitucional, los supuestos de regulación, limitación y restricción de los derechos, así como lo relativo a la reserva legal; y también se aborda el tema desde el plano material, considerándose al efecto lo relativo a la intangibilidad de su contenido esencial, la observancia del principio de proporcionalidad, la garantía judicial, así como su adecuación al sistema democrático como régimen fundamental fuera del cual dicha garantía no sería posible.

En el segundo capítulo se analiza lo concerniente a la *“Propiedad Constitucional”*, por lo cual serán abordados los temas relativos a la función social, el contenido de dicho derecho (facultades y atributos), así como su delimitación en razón de la reserva de ley específica.

En el tercer capítulo se procede al estudio de la *“Expropiación como Garantía Constitucional”* del derecho de propiedad privada, tocando por ello la temática relativa a sus requisitos constitucionales (causa expropiandi, sentencia firme y justa indemnización), así como la de sus garantías, tanto formales (procedimiento, reserva de ley específica, declaratoria de utilidad pública y la declaratoria de expropiación total o parcial de la propiedad), patrimoniales (justiprecio y pago oportuno de justa indemnización), como lo referente a la garantía de devolución o derecho de retrocesión.

Y un cuarto capítulo en el que se abordarán las *“Características y Elementos Generales de la Expropiación en Venezuela y España”*, partiendo desde su concepción como institución de derecho público (carácter coactivo), su previsión constitucional en ambos ordenamientos, la calificación de su finalidad de utilidad pública o interés social, los sujetos que la comprenden, su objeto, lo relativo a su procedimiento y, terminando con el tema referido a

la indemnización.

Finalmente, exponemos nuestras reflexiones finales, a modo de conclusiones, con base a los resultados obtenidos en esta investigación.

CAPÍTULO I

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Conceptualmente, los derechos fundamentales¹⁸ comprenden dos aspectos principales: uno *formal*, relativo a la garantía constitucional del derecho, que va más allá de su previsión en el Texto Fundamental; otro *material*, concerniente a la sustantividad de los derechos protegidos.

En efecto, Stern estima que los derechos fundamentales se caracterizan por: *i)* Su “*fundamentalidad*”, referida a su significación para la persona y para el sistema jurídico-político; *ii)* Su “*positividad*”, relativa a su condición de normas de derecho positivo y no de meras pretensiones de derecho natural; y *iii)* Su “*constitucionalidad*”, que comprende la forma en que esa positividad se concreta en un ordenamiento jurídico. Por su parte, ALEXY, en línea análoga, atribuye cuatro rasgos a los derechos fundamentales; unos relacionados con los elementos formales, como serían: *i)* su “*máximo rango*”, referido a su inserción en la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico; *ii)* su “*máxima fuerza jurídica*”, al vincular a todos los poderes públicos; y *iii)* su “*máximo grado de indeterminación*”,

¹⁸ Sobre la denominación empleada, tenemos plena conciencia de la polisemia de expresiones con las cuales se hace mención a los derechos que corresponden a la persona en su condición de tal, a los derivados de su dignidad humana. No obstante, en lo que a nuestro estudio importa, se empleará con preferencia la de derechos fundamentales o derechos constitucionales, para con ello referirnos a aquellos derechos inherentes a la persona que han sido reconocidos, de forma expresa o implícita, en los Textos Constitucionales de España y Venezuela.

En lo que a España se refiere, el Título I es denominado “De los derechos y deberes fundamentales”; sin embargo, sólo la Sección 1º del Capítulo II, hace alusión a los mismos, lo que ha producido el debate sobre la inclusión, bajo la concepción de tales, del resto de derechos comprendidos en dicho título, en especial, lo que respecta al derecho de propiedad privada (sobre ello volveremos con mayor amplitud al momento de desarrollar el Capítulo II de esta investigación). En cuanto a la Constitución Venezolana, no existe uniformidad al formular el catálogo de derechos, siendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la que ha incorporado esta expresión de derechos fundamentales, para así denominar a los derechos garantizados por la Constitución.

concerniente a la estructura normativa de los derechos fundamentales; y otro vinculado con el aspecto material, como lo es la “*máxima importancia*” de su *objeto*, es decir, la relevancia de su contenido y de la vigencia de estos derechos para las personas y la sociedad¹⁹.

Por ello, para que el Estado pueda intervenir en materia de derechos fundamentales, ha de llenar determinados requisitos, de los cuales depende su licitud. La ley, cuya finalidad es completar la regulación constitucional de ciertos derechos fundamentales, mediante disposiciones suficientemente precisas delimita o restringe el derecho, y autoriza, por lo general, a órganos del poder público a adoptar medidas que lo afecten (elemento formal); al mismo tiempo, dicha regulación debe ser compatible con las reglas y principios constitucionales (aspecto material).

1. LAS GARANTÍAS FORMALES.

Los derechos fundamentales son el “*vaso comunicante o correa de transmisión*” de los valores dimanantes de la centralidad de la persona hacia el resto del orden jurídico - político. Se ubican en un plano superior de juricidad, como es el constitucional; vinculan a todos los poderes públicos, incluso al legislador. Son resistentes a cualquier intento del Estado de reducir sus posibilidades de goce y ejercicio²⁰.

Esta concepción formal, entonces, atiende a la estructura de cómo está conformado el derecho, a la fundamentalidad de los derechos; se produce cuando son declarados a nivel constitucional y existen vías para la

¹⁹ Véase a CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...obra citada*, pp. 17 y ss.

²⁰ Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho...citada, passim*.

aplicación jurisdiccional de la constitución. Lo verdaderamente característico de los derechos fundamentales es su resistencia frente a la ley y su vinculación a todos los poderes públicos, incluyendo al legislador democrático, lo que puede lograrse sólo si se trata de derechos recogidos en normas de rango superior a la ley. En tal sentido, la concepción formal de los derechos fundamentales sólo es posible en ordenamientos provistos de constitución rígida²¹.

A. Contenido constitucional de los derechos.

Al consagrar un derecho, la Constitución le imprime un determinado contenido normativo, el cual, si bien por lo general es genérico e indeterminado, no es ilimitado.

En efecto, la consagración constitucional de un derecho implica la inserción de esas posiciones subjetivas en la norma jurídica fundamental, confiriéndole unidad de sentido, que si bien comporta unas consecuencias favorables a la plenitud de éstos, igualmente los relativiza en la medida en que los incorpora al ordenamiento.

Simultáneamente, también desde el inicio se encuentran limitados por otros derechos o bienes jurídicos de igual o mayor importancia que, al igual que ellos mismos, tienen reconocimiento jurídico – constitucional (límites

²¹ Véase al respecto a CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El legislador de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ PINA, Antonio (Director), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p.p. 126 y 127; asimismo, DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 29-31.

inmanentes)²².

La jurisprudencia constitucional española ha sido enfática en este sentido, al reiterar, de manera inmutable, la tesis que se formula sobre la base de las sentencias 11/1981 y 2/1982, según las cuales, si bien la Constitución *“establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones”*, en otras *“el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”*²³.

Así, en el marco del constitucionalismo, los derechos fundamentales se presentan como límites o prohibiciones que pesan sobre el legislador; si la Constitución proclama un derecho, éste ya tiene un contenido constitucionalmente declarado o tipificado; aparecen ya delimitados en el texto constitucional y, dentro de ese círculo delimitado, no cabría ninguna restricción. Efectivamente, las conductas o ámbitos de inmunidad tutelados por el derecho no serían en ningún caso limitables, mientras que aquellos otros que quedasen por fuera de esa definición podrían ser configurados por el legislador, ya que *“allí donde la Constitución ha tutelado cierta esfera de actuación no cabe introducir nuevas restricciones que directa o indirectamente no formen ya parte de lo querido o permitido por la Constitución”*²⁴.

No obstante, desde la Constitución es imposible formular un catálogo exhaustivo de los supuestos de aplicación de los derechos, así como todas

²² Vid. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 57.

²³ La referencia es tomada de MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución...ya referida*, pp. 107 y 109.

²⁴ Véase al respecto a PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 217-220.

sus excepciones. Es a partir de ella (la Constitución) de donde las normas subconstitucionales concretan y desarrollan los mandatos y principios que encarnan los valores básicos de la democracia.

La intervención del legislador, por ende, ha de ser efectuada sin reducir el alcance de la garantía del derecho fundamental, ya que opera como criterio de validez de las leyes y no pierde su valor práctico a través de estas regulaciones²⁵.

De ahí que la interrogante a dilucidar por parte del legislador esté en definir lo que en materia de derechos fundamentales ha sido constitucionalmente garantizado; es decir, el legislador debe efectuar un análisis de la estructura de la norma que consagra al derecho fundamental, una indagación de sus rasgos distintivos, con especial énfasis en las singularidades de la vinculación jurídica que de ellas provienen. Para ello, habrá de diferenciar el ámbito inicialmente protegido por el derecho fundamental (qué protege) y lo que éste realmente asegura (contra qué protege, o garantía efectiva), teniendo en cuenta su literalidad, su génesis e inserción sistemática en la norma constitucional²⁶.

Es necesario decir, que comúnmente la norma jurídica es definida como una regla de conducta de observancia obligatoria, lo cual pudiera llevar a pensar que los principios se encuentran excluidos de la categoría de norma. Sin embargo, las disposiciones sobre derechos fundamentales comprenden tanto reglas como principios, teniendo ambos una función directiva y compartiendo la misma forma como enunciado normativo. En efecto, el derecho positivo se integra por enunciados cuyo contenido es una norma que tiene un carácter (obligatorio, prohibido o permitido) y una

²⁵ Cfr. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn...citada*, pp. 43 y 44.

²⁶ Al respecto, confróntese a CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales...ob. cit.*, pp. 83 y 84.

conducta; en otras palabras, “*por un supuesto de hecho, una cópula o nexo normativo y una sanción o consecuencia jurídica, y su forma condicional*”²⁷.

Estos enunciados que integran el derecho positivo pueden devenir en conflictos entre normas (sean reglas o principios), entre una norma y un principio-valor, o entre una norma y un principio general de derecho, e incluso entre principios de la misma o distinta categoría, en virtud de que no solamente se pueden producir distintos tipos de incompatibilidades entre las normas, sino por los diversos sentidos que pudieran contener.

Estos conflictos, por lo general, suelen suscitarse entre normas válidas que son formal o materialmente incompatibles. En el primer caso, el asunto discutido deriva del procedimiento de creación de la norma, al no haberse cumplido las condiciones previstas, pero sin que exista contradicción entre las normas de creación y la norma creada. En el otro supuesto, en cambio, se presentan incompatibilidades (en sus contenidos o consecuencias jurídicas) entre dos o más normas con el mismo ámbito de aplicación, lo que implica que no puedan ser satisfechas al mismo tiempo.

Como solución a tales conflictos, DWORKIN²⁸ hace referencia a la distinción del carácter *prima facie* entre reglas y principios. Los principios ordenan algo que debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas; por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo en su etapa inicial, pudiendo tener un significado distinto en su resultado final. En efecto, los principios presentan razones que pudieran ser desplazadas por otras razones opuestas; carecen de contenido de determinación frente a otros principios contrapuestos y sus posibilidades fácticas. Por su parte, las reglas, de forma totalmente distinta,

²⁷ Sobre el particular, remitimos a nuestro trabajo en GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis, *El principio general de proporcionalidad como límite de la discrecionalidad administrativa*, UCAB, Caracas, 2012.

²⁸ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 72 y ss.

exigen que se haga exactamente lo que de ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de sus posibilidades jurídicas y fácticas, que de no conducir a su invalidez, tendría validez definitiva. En tal razón, todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas un mismo carácter definitivo.

Para el mencionado autor, las reglas, cuando tienen validez, se aplican de una manera disyuntiva, es decir, tal como se encuentra prevista, o no se aplica (son aplicables de manera todo o nada); los principios, en cambio, sólo contienen una razón que indica una dirección que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión.

Así pues, los conflictos entre reglas se resuelven mediante consideraciones sobre la validez de la norma que la trascienden, para lo que se recurre a otras normas, o se apela a los principios en que se fundan. Los principios, por el contrario, requieren de su ponderación, pues poseen una dimensión de peso o importancia variable, que ha de ser justificada con razones en cada caso.

Por su parte, ALEXY²⁹ considera al modelo anterior como demasiado simple, requiriéndose un modelo más específico, el cual ha de mantener, no obstante, el diferente carácter *prima facie* de las reglas y los principios.

En tal sentido, sostiene que los principios deben ser entendidos como mandatos de optimización que ordenan realizar el contenido del derecho en la mayor medida de lo posible, y admiten un cumplimiento gradual, ya que lo ordenado por ellos no será siempre atendible de manera total, en razón de los obstáculos reales o normativos que se le pueden interponer, como serían otros principios o reglas que se le opongan, debiendo resolverse el conflicto

²⁹ Sobre esta diferenciación entre reglas y principios, véase ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, segunda edición en castellano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 79-149.

mediante una ponderación entre los principios contrapuestos, o entre el principio, por un lado, y los principios que respaldan la regla que se le opone, por el otro. Aquí, el principio de proporcionalidad constituye el criterio fundamental para determinar la viabilidad jurídica y fáctica de los derechos como principios.

En relación a las reglas, éstas exigen un cumplimiento exacto en razón de su carácter de mandato definitivo, y no sólo *prima facie*. Mediante un procedimiento de subsunción, si se reconoce la validez de la regla aplicable a un caso, ésta debe seguirse completamente. La ponderación, en el caso de las reglas, no resulta aplicable, toda vez que no admiten ninguna gradualidad en su observancia; los conflictos entre reglas se resuelven determinando cuál es la regla válida, sin perjuicio de las situaciones en que la fuerte presión ejercida por un principio conduzca a introducir cláusulas de excepción a la regla, relativizando así su carácter definitivo.

Un ejemplo de lo anterior, tal y como expone CASAL, lo encontramos en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que se encuentra consagrado junto con reglas que establecen los supuestos y condiciones para la realización de un allanamiento de morada; no obstante, admite excepciones frente a la posibilidad de que, para salvar la vida de un ser humano en caso de incendio, sea necesario el ingreso de la fuerza pública en el domicilio, situación que, tanto en la Constitución de España como en la de Venezuela, no está prevista como supuesto lícito de allanamiento o de ingreso coactivo en el hogar doméstico. De ahí que, la admisión del ingreso en la circunstancia señalada, tendría que justificarse acudiendo a otros bienes constitucionales, como sería, el derecho a la vida seriamente amenazado, que prevalecería frente al derecho a la inviolabilidad del domicilio, que sustenta la correspondiente regla³⁰.

³⁰ CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales...ob. cit.*, pp. 50-53.

En resumen, el legislador al determinar el ámbito protegido, o el supuesto de hecho previsto en la norma, debe efectuar una labor interpretativa que permita precisar las conductas o posiciones jurídicas amparadas por el derecho fundamental, teniendo en cuenta para ello, también, las demás disposiciones y derechos consagrados en la Constitución.

B. La regulación y restricción del ejercicio de los derechos: delimitación, limitación, restricción o configuración del derecho.

No es pacífico en la doctrina el tratamiento que reciben los usos terminológicos con los cuales se reseñan las restricciones de los derechos fundamentales. Se trata, como afirma DÍEZ-PICAZO³¹, de una terminología plagada de dificultades dada la ambigüedad del lenguaje utilizado. Efectivamente, los términos delimitación, restricción, limitación y configuración, son frecuentemente utilizados como sinónimos para referirse a las normas que, de alguna forma, complementan, comprimen o reducen las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho fundamental. Sin embargo, en este punto trataremos de dar alcance a cada uno de ellos, precisando lo que, desde la doctrina, ha sido entendido por ellos.

Lo cierto es que todos los derechos, en la medida en que se reconocen en un ordenamiento, son limitados. No hay derechos absolutos.

Precisamente, la primera fuente de limitación es la ordenación de su

³¹ DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...citada*, p. 104 y ss.

ejercicio, su previsión normativa; viene dado por su propia extensión material, por sus linderos. La segunda fuente es la que se deriva de asegurar la compatibilidad del disfrute de unos derechos con las exigencias del respeto que se le deben a otros derechos³².

La ley, por su parte, no cumple simplemente una función de concretización o explicitación de los límites que ya están en la Constitución, sino que con frecuencia desempeña un papel constitutivo o cuasi constitutivo, cuando fija un límite al ejercicio de un derecho fundamental, que si bien plasmado en la Constitución, podría no existir o al menos no con la intensidad cuya limitación el legislador ha elegido³³. De ahí que la noción de limitación o restricción ampliamente entendida, comprenda las diversas formas de poner fronteras o condicionamientos a un derecho. Sin embargo, para efectuar una debida comprensión de las diferentes formas en que se puede incidir en el contenido de un derecho garantizado en el Texto Constitucional, debe distinguirse entre los conceptos siguientes: *“la delimitación o definición del contenido del derecho; la limitación del derecho en sentido estricto; la restricción del derecho; y su configuración por el legislador”*³⁴.

³² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Límites de los derechos fundamentales”, en ARAGÓN REYES, Manuel (Director) y AGUADO RENEDO, César (Coordinador), *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Civitas, Thomson Reuters, segunda edición, Cizur Menor, 2011, p. 30. Es preciso destacar, además, que la propia Declaración de 1789, en su artículo 4, consagra esta limitación cuando expresa que: *“el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos.”* Véase a AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales No. 14*, 1993, *passim*.

³³ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...obra citada*, p. 61

³⁴ Vid. CASAL H., Jesús María, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, en ARISMENDI A., Alfredo y CABALLERO ORTÍZ, Jesús (Coordinadores), *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo III, Civitas, Madrid, 2003, p. 2518.

i. Delimitación.

La Constitución, al consagrar un derecho y definir el ámbito de libertad garantizado, procede a circunscribirlo o condicionarlo; es decir, anuncia el contenido del derecho y, con ello, sus contornos, su silueta; *“permite la determinación del bien jurídico o libertad protegida”*. Delimitar es *“configurar los límites dentro de los cuales se produce el contenido normal del derecho”*³⁵. Así, la *“delimitación o definición”* del derecho, es una tarea que efectúa la misma Constitución cuando reconoce el respectivo derecho. Bajo esta concepción puede afirmarse que, por un lado, *“la Constitución delimita, mientras que por el otro, el legislador limita los derechos fundamentales”*³⁶.

Es preciso señalar que la delimitación comprende la apreciación individual o aislada de cada derecho; no abarca el examen de repercusión de unas normas constitucionales sobre otras de igual rango, derivadas de una interpretación unitaria o sistemática de los derechos o bienes constitucionalizados o de la Constitución³⁷.

No obstante, tal y como advierte CASAL HERNÁNDEZ, un enfoque amplio y metódico de la noción de delimitación puede ser entendido a favor de la concepción reduccionista del concepto de limitación o restricción, que intentan incluir, en la fase de interpretación o concretización del contenido del

³⁵ Véase a CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, *Las servidumbres administrativas (Delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Editorial Lex Nova, 2003, p. 60, nota 73.

³⁶ Sobre el particular, véase ampliamente a MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Mc. Graw-Hill, 1996, p. 23.

³⁷ Véase DE OTTO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 137 y ss.

derecho, el análisis de sus relaciones con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, trayendo como consecuencia la disolución, más que resolución, de los conflictos de colisión entre bienes constitucionales, mediante esta incorporación de las normas rivales en la definición del propio marco normativo del derecho que ha de ser delimitado. En tal sentido, la delimitación comprendería una operación anticipatoria de una serie de estimaciones reservadas al legislador, con la consecuencia de que el conjunto de controles formales y racionales destinado a medir la licitud de las restricciones de los derechos, sea sustituido por una calificación apriorística que excluya del derecho lo que pueda parecer incompatible con su convivencia con otros bienes previstos en la norma constitucional³⁸.

ii. Limitación.

Bajo esta concepción han de ser entendidos los supuestos en que el legislador concretiza una barrera prefigurada u ordenada por el Texto Fundamental. Se produce cuando la propia Constitución, luego de consagrar un derecho, lo condiciona, disminuyendo la libertad o facultad que al inicio protege, o por requerir su concreción con otros derechos³⁹.

La limitación es una restricción lícita del derecho, “*opera sobre su contenido normal para restringir sus posibilidades de ejercicio*”⁴⁰. Se trata de una reducción del contenido normal del derecho previamente delimitado. La

³⁸ CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...ob.cit.*, pp. 56 y 57.

³⁹ Vid. CASAL H., Jesús María, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, en ARISMENDI A., Alfredo y CABALLERO ORTÍZ, Jesús (Coordinadores), *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías...op. cit.*, p. 2518.

⁴⁰ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen II, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 156.

limitación es eventual, puede producirse o no; afecta sólo a algunos supuestos, por lo que no comprende a “la generalidad de las aplicaciones del tipo de derecho de que se trate”.⁴¹

iii. Restricción.

Esta noción involucra un mayor acortamiento o reducción del derecho, en donde la injerencia legal puede llegar a producir la privación temporal o episódica del ejercicio de un derecho. En efecto, implica la reducción, de acuerdo al Texto Constitucional, de posiciones subjetivas protegidas *pima facie* por el derecho fundamental, lo que se traduce en negar la garantía definitiva de aquello que el derecho en principio asegura.

Está referida a la imposición, en virtud de la ley y siempre basada en la Constitución (reserva legal genérica o específica), de parámetros al ejercicio o goce del derecho. Su singularidad radica en que si bien ese acortamiento no reduce el alcance constitucional del derecho, el cual permanece incólume, sí prohíbe o condiciona algunas acciones o facultades que, en principio, están amparadas por la libertad reconocida, o implica o autoriza una injerencia en el bien jurídico garantizado⁴².

⁴¹ Cfr. CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, *Las servidumbres administrativas...obra citada*, p. 60, nota 73.

⁴² Al efecto, véase ALEXYY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...citada*, p. 249; asimismo, confróntese a DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...ob. cit.*, p.105; de igual forma, obsérvese a SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Límites de los derechos fundamentales”, en ARAGÓN REYES, Manuel (Director) y AGUADO RENEDO, César (Coordinador), *Derechos fundamentales y su protección...ob. cit.*, p. 31.

iv. Configuración.

La configuración legal de un derecho fundamental es una actividad normativa que no va propiamente dirigida a fijar límites a las posibilidades de ejercicio o disfrute de un derecho, sino más bien a precisar su contenido, a fin de la realización de los derechos fundamentales en la vida social. En efecto, en la Constitución los derechos fundamentales aparecen enunciados de modo escueto y son descritos de forma tan genérica y abstracta que requieren la concreción de su contenido y la previsión de las condiciones en que pueden ejercitarse.

La configuración se utiliza como concepto opuesto al de limitación o restricción, por lo que debe estar referido a normas de competencia y no a las de mandato y prohibición, ya que éstas, por definición, tienen carácter restrictivo. Así, el derecho de propiedad y el derecho al matrimonio son clásicos ejemplos de la configuración, cuyo contenido sólo en esencia puede derivarse de la Constitución, pues corresponde a la ley determinar, por ejemplo, el régimen general de los bienes y derechos reales, así como del matrimonio. Hay que aceptar que la frontera entre la restricción y la configuración legal de un derecho no siempre es lo suficientemente precisa, por lo que, en caso de duda, la ley respectiva quedaría sometida a las condiciones exigidas para la restricción de un derecho fundamental⁴³.

C. La reserva de ley.

Bajo el ideario revolucionario contenido en la Declaración de 1789,

⁴³ Vid. ALEXANDER, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...citada*, pp. 290-297.

concretizado en la doctrina rousseauiana, la definición de libertad, como materia reservada a la ley, consigue su justificación final⁴⁴, por lo que todo aquello que incida en el ámbito de la libertad de los ciudadanos requiere de la aprobación expresa de sus representantes.

Tal aserto es hoy un postulado capital del Estado de Derecho y de la Democracia Constitucional. La reserva legal es, principalmente, una garantía de los derechos fundamentales. Es la más importante de las condiciones formales generales para una limitación de las libertades esenciales de la persona.

Ya hemos visto que la propia Constitución, por lo general, faculta al legislador para fijar límites a los derechos consagrados, bien mediante remisiones específicas a la ley, bien mediante una cláusula general que establece la posibilidad, y a veces fronteras, a la limitación. La Constitución, de esta forma, da cabida a una reducción de lo ofrecido por los derechos proclamados y confiere fundamentación a las leyes que sean dictadas para llevarlo a cabo.

Al legislador, como representante de la voluntad general, le es reservada la regulación del estatuto de las libertades, que se sustrae, por tanto, de la injerencia del Gobierno. La reserva de ley se erige en reserva al parlamento, dado que una actividad normativa pura o principalmente ejecutiva sobre estos temas básicos queda excluida. Todas las decisiones sobre las cuestiones fundamentales que conciernen al individuo de manera directa, por consiguiente, deben provenir de la ley⁴⁵. *“Se trata, así, de exigir*

⁴⁴ El artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano había obtenido tal conclusión, al prever que: *“La libertad consiste en poder hacer lo que no dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites solo los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la Ley”*. Véase al respecto a FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, séptima edición, Editorial Trotta, Madrid, 2016, p. 160.

⁴⁵ Véase PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los Derechos Fundamentales...op.cit.*, p. 66.

*que determinadas materias y, muy en especial, las relativas a ámbitos relacionados con la libertad y la propiedad de los ciudadanos sólo puedan ser reguladas por los representantes de éstos reunidos en el Parlamento*⁴⁶.

Esta regulación por “*legislación de reserva*”⁴⁷ tiene una doble dimensión. Una clásica, que tiene una significación negativa, ya que contiene la prohibición de que normas o actos del poder público distintos a la ley formal puedan disminuir, o afectar de manera independiente, el contenido del derecho fundamental; la otra dimensión, de carácter positivo, al comprender un mandato o una habilitación dirigida al legislador para el desarrollo o la restricción del derecho. De ahí que son consideradas normas de competencia, que habilitan al legislador, sólo a él, para incidir sobre tales derechos. Operan como “*cláusulas restrictivas*”, pues, aunque no limiten por sí mismas al derecho, autorizan al legislador para ello; poseen naturaleza “*constitutiva o cuasi-constitutiva*”, ya que pueden reducir las posibilidades de goce y ejercicio del derecho sin que haya sido ordenada por la Constitución, lo cual tendrá validez siempre que sea compatible con ésta. Y es que el legislador, al ejercer la libertad que le es reconocida para configurar la norma, puede adoptar las decisiones que estime convenientes en razón del bien colectivo, lo que pudiera conllevar a la limitación de algún derecho constitucional, siempre y cuando dé cumplimiento a los requisitos que la propia Constitución exige⁴⁸.

Es importante expresar, en lo que respecta al tema que nos ocupa, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, rigurosamente hablando, carece de disposiciones que regulen de manera general el ámbito

⁴⁶ Cfr. Díez-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...citada*, pp. 99 y 100.

⁴⁷ Vid. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn...citada*, pp. 127 y ss.

⁴⁸ VID. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, en ARISMENDI A., Alfredo y CABALLERO ORTÍZ, Jesús (Coordinadores), *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías...obra citada*, p. 2519.

material de las leyes, como tampoco contiene una enunciación específica y completa de las materias reservadas a la ley, siendo preciso efectuar un examen de cada disposición sobre derechos fundamentales para determinar la procedencia de una intervención legislativa y en qué términos (reserva legal simple o calificada). Se puede decir, en este sentido, que la previsión del artículo 156, numeral 32 del Texto Constitucional⁴⁹, contiene una noción de reserva legal en materia de derechos y garantías constitucionales, a pesar de que el contexto de ese precepto regule el reparto de competencias entre el Poder Público Nacional, Estatal y Municipal.

Tal artículo, ciertamente, nada expresa sobre el alcance o modalidad de la injerencia legislativa admisible en los derechos consagrados, sino que reserva al Poder Nacional la regulación que respecto de algún derecho pueda dictarse.

En el caso español, en materia de derechos fundamentales y con alcance general, la Constitución establece expresamente la reserva de ley. Efectivamente, el artículo 53.1 estatuye que sólo por ley, y respetando siempre su contenido esencial, el ejercicio de los derechos y libertades puede ser regulado⁵⁰.

⁴⁹ El artículo 156, numeral 32, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

“Artículo 156.

Es de la competencia del Poder Público Nacional:

[...]

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional...”

⁵⁰ El artículo 53 de la Constitución Española, expresamente establece:

“Artículo 53.

Por otra parte, ambos ordenamientos reservan a la ley orgánica lo relativo al desarrollo de los derechos constitucionales o de algunos de éstos, lo que implica una excepción a la regla general democrática de toma de decisiones por mayoría simple, ya que exige una mayor rigidez de la regulación resultante, que deberá ser aprobada por mayoría calificada. En el caso venezolano, tal reserva se encuentra consagrada en artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁵¹, mientras que en el español se encuentra prevista en el artículo 81 Constitucional⁵².

Es preciso advertir en este punto que, por regla general, la reserva de ley no implica que queden excluidas las habilitaciones, autorizaciones o delegaciones acordadas por el órgano legislativo con fundamento en la Constitución, las cuales permiten al ejecutivo, dadas circunstancias

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)..."

⁵¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

"Artículo 203. *Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes.*

Todo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley. Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas.

Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica, la ley perderá este carácter.

Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio."

⁵² Constitución Española:

"Artículo 81.

1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto..."

particulares y dentro de determinados límites, dictar normas con rango y fuerza de ley, lo cual ha de tener carácter excepcional y fijar, la propia ley, suficientemente, los parámetros materiales que tal normativa ha de seguir.

Sin embargo, los ordenamientos de España y Venezuela presentan discrepancias sustanciales sobre la facultad del ejecutivo para dictar, en materia de derechos fundamentales, Decretos-leyes, que, como ya se vio, son motivo de reserva doble al exigirse para ello del carácter orgánico de la ley. Efectivamente, en el caso venezolano no existe un límite material que impida al Presidente de la República dictar, en razón de la habilitación del legislativo, Decretos con carácter de Ley Orgánica, pudiendo, a su vez, regular todo lo concerniente al ámbito de los derechos fundamentales. El ordenamiento Español, por el contrario, restringe expresamente tal posibilidad, al excluir de las materias reguladas - vía Decretos-leyes – a los *“derechos, deberes y libertades de los ciudadanos previstos en el Título I”*, dentro del cual se encuentran los derechos fundamentales⁵³. Sin embargo, en lo que respecta al derecho de propiedad, veremos en su oportunidad como esa prohibición se encuentra matizada.

2. LAS GARANTÍAS MATERIALES.

Además del cumplimiento de los requisitos formales que son exigidos al legislador al momento de efectuar limitaciones (bien sean derivadas directamente de la Constitución o bien para establecerlas con base en ella), la medida adoptada debe ser compatible sustancialmente con las reglas y principios constitucionales, *“con los preceptos constitucionales y con el orden*

⁵³ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales...ob. cit.*, pp. 66-70.

*de valores sobre los que gravitan*⁵⁴.

En efecto, si bien los derechos son realidades conceptuales, como hasta ahora hemos visto, no significa negar que puedan tener efectos reales, o que éstos estén limitados únicamente al plano formal. Los derechos fundamentales se encuentran en una relación interna, sustancial, respecto del conjunto de la Constitución y de los concretos bienes jurídico – constitucionales; están incluidos en la totalidad del sistema jurídico-constitucional de valores⁵⁵.

Así, la interpretación de los derechos fundamentales en la Constitución exige examinar la concreta formulación del precepto constitucional en que se encuentran reconocidos, para, de seguidas, valorar la incidencia de las restantes normas constitucionales en el derecho que se trate, desde los valores en que tales disposiciones se fundan y que buscan proteger y fomentar. Esto pone de relieve la primacía de la interpretación axiológica que, en el caso de los derechos fundamentales, se traduce en indagar los bienes e intereses que se pretenden proteger con el derecho en cuestión.

Por ello, la acción limitadora o de regulación de los derechos fundamentales por parte del legislador, debe efectuar la completa determinación del contenido del derecho, cuya esencia o núcleo no le es dable traspasar, ponderando, entonces, los distintos intereses públicos y privados en juego⁵⁶.

La ponderación de bienes, en efecto, toma en cuenta tanto el

⁵⁴ Cfr. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, en ARISMENDI A., Alfredo y CABALLERO ORTÍZ, Jesús (Coordinadores), *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías...obra citada*, p. 2525.

⁵⁵ HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn...ob. cit.*, p.52.

⁵⁶ Cfr. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...citada*, p. 136.

postulado de la significación de los derechos fundamentales para la vida social en su conjunto, como el del carácter de regla y principio constitucional de tales derechos. Una ley que constriña a los derechos fundamentales más de lo necesario para la protección de bienes jurídicos de igual o superior rango, y que no son agotados en su mención en la Constitución con respecto de cada uno de ellos, carecería de licitud, no resulta admisible⁵⁷.

A. El contenido esencial de los derechos: intangibilidad.

En el contexto de las restricciones legales de los derechos fundamentales, la alusión al núcleo o contenido esencial comprende una reconocida noción: el legislador está facultado para regular, pero no así para eliminar los derechos constitucionales. A él no pertenecen los derechos, ni el desarrollo legislativo de éstos es lo que determina su vigor. Frente a la tarea normativa que le es reconocida al legislador en la Constitución, subsiste la obligación de dejar a salvo una parte del derecho, ya que sería irracional permitir que las leyes restrictivas compriman hasta la nada los derechos constitucionalmente asegurados. La garantía de la intangibilidad de la esencia de los derechos fundamentales, así, comprende una barrera infranqueable para el legislador⁵⁸.

Lo anterior, conlleva a la siguiente interrogante: ¿cuándo puede el legislador limitar el contenido de los derechos fundamentales y hasta dónde puede llegar esa limitación?; en otras palabras, ¿cuáles son los requisitos y cuáles son los límites?

⁵⁷ Vid. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn...ob. cit.*, p. 54.

⁵⁸ Véase a CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...obra citada*, p. 287.

En este sentido, el artículo 53.1 de la Constitución Española, tomando como base el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn⁵⁹, da una indicación explícita acerca de los límites, al expresar que la intervención restrictiva del legislador en materia de derechos fundamentales deberá respetar su contenido esencial; sin embargo, dicha disposición nada señala en relación a sus requisitos, siendo clave precisar la forma cómo identificar ese contenido esencial.

La depuración técnica de la garantía de un contenido esencial en los derechos fundamentales representa, pues, una cuestión de primera importancia para la correcta interpretación y aplicación del Texto Constitucional. Para ello, distintas teorías han sido formuladas, distinguiéndose la de *relativización o teoría relativa y la teoría absoluta*⁶⁰.

1) *Teoría relativa:*

Bajo esta teoría se sostiene que la garantía del contenido esencial no representa una muralla para el legislador de real importancia, toda vez que la finalidad que cumple puede ser suplida por otros límites materiales que

⁵⁹ El artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, entre otros medios para asegurar los derechos fundamentales, establece en su segundo parte una completa prohibición al legislador ordinario de afectar de cualquier manera el *contenido esencial* de aquellos derechos. Tal postulado, deviene de una principal desconfianza del constituyente de 1949 ante el legislador ordinario, “a la luz de la *desgraciada peripecia histórica de la Constitución de Weimar, que se mostró impotente para frenar el proceso de yugulación de las libertades y derechos individuales fundamentales*”. Véase sobre el particular a PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I, No. 3, septiembre-diciembre 1981, p. 170.

⁶⁰ Sobre estas teorías, véase a CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...citada*, pp. 296 y ss.; asimismo, confróntese a MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 31 y ss.

procedan de la Constitución, bien de manera expresa o implícita, como sería, la exigencia de justificación de toda restricción; en otras palabras, el principio de proporcionalidad o idea de prohibición de exceso en su tercera vertiente, como lo es, la ponderación de bienes en conflicto. En efecto, el postulado básico de esta teoría descansa en la fórmula que sigue: *“en ningún caso un interés de libertad fundamentalmente garantizado puede ser afectado con más intensidad que la necesaria para proteger bienes jurídicos de mayor valor”*⁶¹.

Así, el contenido esencial del derecho pierde carácter absoluto, al no poderse fijar con carácter previo la barrera más allá de la cual se determinaría la ilicitud de la intervención estatal, quedando sujeto su establecimiento a cada caso en particular y al conflicto que se suscite entre el derecho fundamental y otro derecho o bien jurídico. En consecuencia, el núcleo duro del derecho fundamental, que bajo la teoría absoluta nunca ha de ser sobrepasado, no representa en la relativización un límite preexistente ni mucho menos infranqueable, *“sino tan sólo una reconstrucción realizada después de la aplicación táctica del principio de proporcionalidad”*⁶².

Dicha teoría es criticada en razón de que la garantía de contenido esencia no representaría ninguna protección adicional al respeto del principio de proporcionalidad, bastando solamente que cualquier restricción realizada sobre algún derecho fundamental haya sido suficientemente justificada, lo que sería, además, una paradoja, ya que, aún ante la ausencia de esa cláusula, cualquier restricción de un derecho fundamental requiere de una necesaria justificación. Todavía más grave, bajo esta tesis se admite que, previa ponderación, la restricción del ámbito de disfrute o ejercicio de un derecho puede llegar tan lejos como lo exija algún interés contrapuesto que

⁶¹ Vid. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...ob. cit.*, pp. 297

⁶² *Ídem*, p. 298.

requiera protección preferente, resultando entonces lícito el posible agotamiento o vaciamiento del derecho⁶³.

2) *Teoría absoluta:*

Se sostiene aquí la existencia una determinada esfera permanente del derecho fundamental que nunca es restringible, una última frontera que ni el legislador ni los restantes órganos del poder público pueden penetrar para imponer restricciones o injerencias, y que se denomina contenido esencial. Entiende esta teoría que el derecho fundamental es posible separarlo en dos partes: un *núcleo*, que sería el contenido esencial; y una parte *complementaria o no esencial*. En el *núcleo* estarían prohibidas las limitaciones al derecho en cuestión; en la parte *complementaria* sí sería posible efectuarlas, aplicándose para ello el principio de proporcionalidad. Como se observa, en los postulados de esta teoría se respetan tanto la garantía del contenido esencial como el principio de proporcionalidad, distinguiéndose claramente⁶⁴.

En contra de esta teoría, se expresa que divide en dos partes (una esencial y otra complementaria) el derecho fundamental, cuando lo cierto es que éstos se reconocen íntegramente. Ello conlleva a que ese núcleo duro tenga que ser determinado mediante la interpretación, toda vez que no se encuentra expresado por la Constitución, lo cual implica el riesgo de sobrepasar la interpretación y aplicación de las normas constitucionales⁶⁵.

Contrariamente a esta crítica, se afirma que sucede lo mismo bajo la

⁶³ Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional...ya referida*, p. 33.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁵ *Ídem*.

teoría relativa cuando trata de establecer si una restricción respeta el principio de proporcionalidad o de determinar el contenido de un derecho fundamental sin distinguir entre partes esenciales o accidentales. De igual manera se afirma que, *“el Derecho, como saber práctico, se mueve en el terreno de lo razonable, de lo plausible, no de lo unívoco o exacto. Por esta razón, no debe rechazarse sin más que pueda ser sólida y razonable una interpretación que, por ejemplo, apelando a los intereses jurídicamente protegidos, se atreva a precisar el <<núcleo duro>> de un determinado derecho fundamental”*.⁶⁶

El Tribunal Constitucional Español, en aras de determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales, en la decisión 11/1981 dejó sentados los criterios a partir de los cuales se permite tal precisión; concretamente, mediante dos vías que permiten la aproximación a la noción del contenido esencial.

La primera de estas vías, equivale a la naturaleza jurídica de cada derecho que se considera preexistente al momento legislativo, con lo cual se habla de una reconocibilidad de tipo abstracto en la regulación concreta, pudiendo responder los especialistas en Derecho si lo regulado legislativamente se ajusta o no a lo que generalmente ha de entenderse por un derecho de tal tipo.

Una segunda vía, referida a los intereses jurídicamente protegidos, a través de la cual se entiende lesionado el contenido esencial cuando el derecho es comprimido de tal forma que se hace impracticable, se le dificulta más allá de lo razonable o se le despoja de su necesaria protección.

La metodología adoptada por el fallo, además, no es alternativa, sino que se complementan, pudiendo utilizarse simultáneamente en la

⁶⁶ *Ibidem*, p.38.

determinación del contenido esencial, contrastando los resultados a los que se llegue por una u otra vía⁶⁷.

La mencionada sentencia es del tenor siguiente:

“Cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho [...]. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que fue una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos ni

⁶⁷ Véase a PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales...citada*, p. 73

*menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados, para constatar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse*⁶⁸.

PAREJO ALFONSO, con ocasión de esta sentencia, se adhirió a la teoría absoluta - aunque manifestando sus dudas acerca del sentido que la propia decisión adopta en cuanto al carácter relativo o absoluto de la noción de esta garantía⁶⁹ - al considerar: *i)* Que el contenido esencial no es equivalente a un mero contenido de los derechos públicos subjetivos, en virtud de la esencialidad: Sólo aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de facultades) como en su aspecto externo (protección de que goza), puede considerarse constitutiva del contenido esencial; *ii)* Que el contenido esencial no es otra cosa que un concepto jurídico indeterminado, con el que puede operarse, técnicamente: de ahí el carácter estrictamente jurídico predicado por la jurisprudencia constitucional de la aplicación de la garantía de dicho contenido nuclear; *iii)* Que el dato crucial de referencia es siempre jurídico y abstracto (preexistencia del derecho al momento de la determinación del contenido esencial), lo que pone en evidencia la dimensión del contenido esencial como garantía institucional, y permite hacer operativas las técnicas

⁶⁸ La referencia es tomada de DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...ob. cit.*, pp. 109 y 110.

⁶⁹ Hay que destacar que con posterioridad a esa decisión, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 137/1990, se manifestó en favor del carácter absoluto del contenido esencial de los derechos fundamentales, al expresar que: “...*todo acto o resolución que limite derechos fundamentales...atenderá la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone y, en todo caso, respetar su contenido esencial...*” Sobre el particular, confróntese a AGUIAR DE LUQUE, Luis, “*Los límites de los derechos fundamentales...*...obra citada, p. 26.

de concreción del núcleo esencial⁷⁰.

Así pues, para este autor, se podrá detectar una lesión del contenido esencial del derecho *“cuando la imagen del derecho que proyecta su regulación legal no es reconocible con precisión y en sus rasgos determinantes como perteneciente a la categoría abstracta teórica de dicho derecho o cuando, aún siendo reconocible como tal, aparece el derecho en la regulación legal sujeto a limitaciones o dificultades de ejercicio más allá de lo razonable o despojado de la protección necesaria”*⁷¹.

En Venezuela, la garantía del contenido esencial - generalmente - ha sido abordada por la doctrina bajo la noción de núcleo absoluto e intocable del derecho⁷².

Por su parte, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 19 de julio de 1997, caso *“Tiuna Tours, C.A.”*, precisó a la garantía de contenido esencial no sólo como ámbito excluido de las potestades de limitación del legislador, sino como el único límite material de éste en la regulación de los derechos fundamentales. En efecto, dicha decisión expresó lo siguiente:

“si bien el constituyente estableció la forma en la cual pueden limitarse los referidos derechos de rango constitucional, nada dijo sobre la extensión que ésta

⁷⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano, *“El contenido esencial...ob.cit.*, pp.187 y 188.

⁷¹ *Ibidem*, p. 190.

⁷² Véase a BREWER CARÍAS, Allan y AYALA CORAO, Carlos, *El derecho a la intimidad y a la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 178; también, a CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...citada*, pp. 277 y ss; igualmente, confróntese a CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *“Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”...ob. cit.*, pp. 2528-2533; asimismo, a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, Editorial Jurídica Venezolana/IESA, Caracas, 2004, pp. 222 y ss; de manera similar, a LINARES BENZO, Gustavo, *“Los servicios públicos como limitación a la libertad privada y prestación constitucionalmente garantizada”*, en *Jornadas Colombo - Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 902 y ss.

podría tener, razón por la cual ha sido labor de esta Corte Suprema de Justicia -actuando tanto en Sala Plena como en esta misma Sala- precisar cuál es el “contenido esencial” de dichos derechos, a los efectos de establecer una barrera o área de protección inexpugnable aún para el propio legislador, de forma tal que la mencionada limitación legislativa no pueda transformarse en una supresión absoluta del derecho constitucional”⁷³.

Tal posición fue posteriormente superada en la decisión de la misma Sala en el caso “*Andrés Figueroa*”, de fecha 05 de agosto de 1999, en la cual se incluye como límites a las intervenciones estatales en materia de derechos fundamentales, además del respeto del contenido esencial, a la racionalidad como noción comprensiva de las exigencias de adecuación y proporcionalidad, si bien no fueron definidas.

Sin embargo, en decisiones posteriores el ahora Tribunal Supremo de Justicia optó por retomar la tesis que reduce el alcance material de la protección que la Constitución efectúa de los derechos fundamentales a su contenido esencial.

Así, la Sala Constitucional, en la sentencia del 01 de junio de 2001, caso “*Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A.*”, sostuvo que:

“...las limitaciones que establezca la propia Constitución y las leyes de un derecho fundamental, no implican en modo alguno que el mismo se haga nugatorio o que sea infringido, toda vez que para que exista tal menoscabo, debe verse afectado el núcleo esencial del derecho constitucional que se denuncia vulnerado, esto es, su contenido esencial como las características mínimas que lo consagran como

⁷³ La referencia es tomada de CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...ob. cit.*, p. 319.

*derecho fundamental, y no el ejercicio de sus diversas manifestaciones...*⁷⁴

Posteriormente, en la sentencia del caso “*Jesús Salvador Rendón Carrillo*”, de fecha 11 de junio de 2002, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al referirse sobre lo que ha de entenderse en el ordenamiento jurídico venezolano por garantía del contenido esencial, se pronunciará en términos parecidos a los de la sentencia de 08 de abril, No. 11/1981, del Tribunal Constitucional Español, tal y como se indica seguidamente:

“se debe mencionar que si bien el legislador, representante histórico de la soberanía popular, está legitimado para incidir en la regulación de los derechos fundamentales, el alcance de dicha incidencia es, sin embargo, de carácter política -dado la naturaleza de su función-, la cual puede comportar amplitud pero también limitación en cuanto a la configuración y concepción de un derecho fundamental, restricciones que encuentran, como límites, el contenido esencial de tales derechos y que, en el caso específico de los derechos fundamentales, con rigurosos los estándares de restricción”.

(...)

“Así, el contenido o núcleo esencial de un derecho constitucional, resulta ser en principio, un concepto jurídico indeterminado que se erige como un límite para el legislador y que determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la actividad de éste, compuesto por todas aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocido como perteneciente al tipo descrito, lo que conlleva afirmar que se afecta el núcleo esencial de un derecho constitucional cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, es

⁷⁴ *Ídem*, p. 320.

*decir, que lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*⁷⁵.

La misma Sala Constitucional reiterará tal criterio en la sentencia dictada con ocasión del caso “*Municipio Baruta del Estado Miranda*”, de fecha 24 de febrero de 2006, en los términos que seguidamente se mencionan:

“En este sentido, se observa que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene dado en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a esa clase y tiene que quedar comprendido en otro, desnaturalizándose así de alguna manera. Todo ello no puede ser considerado aisladamente al momento histórico, al caso de que se trate y a las condiciones inherentes a toda sociedad democrática, cuando se esté en presencia de derechos constitucionales.

(...)

*Determinación la cual, puede ser entendida como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente tutelados. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*⁷⁶.

⁷⁵ *Ibídem*, pp. 320 y 321.

⁷⁶ La referencia es tomada de RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2006”, en *Revista de Derecho Público*, No. 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 86.

B. La observancia del principio de proporcionalidad.

Ahondar en el concepto de proporcionalidad, nos lleva, primero, a entenderlo como un principio y, segundo, a tener en cuenta que, como tal, conlleva un ordenamiento, un control que hay que seguir con el fin de evitar resultados que no coincidan con las normas jurídicas. El principio de proporcionalidad es jurídico, con antecedente abierto y consecuencia cerrada, lo que no implica que algunos autores, como ALEXY, descarten que la proporcionalidad, en sus tres escalones, sea un cúmulo de tres reglas⁷⁷.

La condición de principio va unida a dos consecuencias: la ponderación como método de aplicación y la creación de reglas como resultado de aquélla.

En la realización de la ponderación existen pasos delimitados por la jurisprudencia y la doctrina; se cuenta con un método para la ponderación, que habrá que considerar al aplicar todo principio. El control de la proporcionalidad, que analizaremos más adelante, igualmente deberá someterse al método de la ponderación, con una intensidad conforme se avance en la aplicación de los escalones que lo conformen. Mientras que los principios responden a la técnica de la ponderación, las reglas se aplican mediante la subsunción. La creación de reglas como resultado de la ponderación, reside en un resultado aplicativo. Al aplicarse un principio, indirectamente, se crea una regla, como resultado natural del proceso ponderativo; al aplicarse un principio se obtendrá una resolución con una clara naturaleza de regla.

⁷⁷ Para este autor, la proporcionalidad, junto con sus componentes, deben definirse como reglas, al no ser (la proporcionalidad) una exigencia que debe realizarse tan ampliamente como sea posible o gradual, sino que es un requisito que ha de cumplir toda norma o medida que afecte un derecho. Véase, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...ya referida*, p.112.

Con el surgimiento de las reglas, el papel de los principios se fortalece, otorgándole un carácter de racionalidad en el discurso jurídico. Para Alexy, las reglas son criterios que refuerzan la argumentación de casos futuros en aplicación de dicho principio; las denomina *“reglas de prevalencia condicionada”*⁷⁸.

En el examen de licitud de las intervenciones en materia de derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad juega un papel preponderante, al representar una condición de validez de las normas limitadoras de tales derechos. Las restricciones legislativas son posibles en la medida en que no rebasen la barrera de la proporcionalidad. Este principio *“es la traducción técnica primordial de la exigencia de justificación material que debe satisfacer toda limitación de un derecho constitucional”*⁷⁹.

A través de este principio son relacionados los elementos ligados a una intervención restrictiva de derechos constitucionales, a saber: i) la finalidad perseguida por la acción estatal; y ii) los medios empleados para alcanzarla. A tal efecto, se utiliza como criterio básico el de la justa medida o prohibición de exceso, que excluye cualquier posibilidad de que los derechos o intereses subjetivos sean afectados de manera injustificada. Dicho principio, a su vez, se encuentra conformado por tres sub-principios: a) *“Juicio de adecuación o idoneidad”*, relativa a la exigencia fundada de que el actuar del Estado debe procurar algún nivel de eficacia en orden a la consecución del fin; b) *“Juicio de necesidad o la medida menos restrictiva”*, concerniente a la carencia de alternativa menos lesiva pero igualmente eficaz para su realización; y c) La *“proporcionalidad en sentido estricto o balance costos beneficios”*, referida a la preponderancia del interés en proteger el respectivo bien sobre el sacrificio padecido por la posición jurídica subjetiva

⁷⁸ Cfr. RAMÍREZ-ESCUDERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2004, p. 38.

⁷⁹ Vid. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...ob. cit.*, pp. 187 y 188.

afectada⁸⁰.

Los sub-principios de idoneidad y de necesidad presentan rasgos comunes que los hacen distinguir de la proporcionalidad en sentido estricto, no obstante la unidad del principio general. En efecto, tienen un significado fundamentalmente materialista al interesarles el fin de la actuación estatal como hipótesis de su aplicación, al permitir examinar la posibilidad de obtención razonable del fin perseguido o si existen otras medidas igualmente eficaces de menor severidad. A diferencia de ellas, la proporcionalidad en sentido estricto hace hincapié en lo valorativo al comportar una ponderación de bienes e incorpora a la finalidad perseguida como objeto y no como un simple punto de control; además, determina el parámetro que permite comparar y sopesar la importancia en la consecución del propósito del acto restrictivo frente a la reducción de esferas de libertad que éste supone⁸¹.

i) Finalidad perseguida por la acción estatal.

El fin que se persigue con la intervención en materia de derechos fundamentales constituye el punto de partida para cada uno de los tres sub principios que conforman el principio de proporcionalidad. Su determinación y examen de licitud constituyen un paso previo y un presupuesto para la aplicación de dicho principio. Antes de entrar en el examen específico de los criterios de la proporcionalidad, debe la autoridad estatal verificar la licitud

⁸⁰ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...obra citada*, p. 112; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos en el sistema constitucional...obra citada*, p. 73; ALEXY, Robert, *Teoría...citada*, pp.520-531; CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...ya mencionada*, p. 194 y 195.

⁸¹ Vid. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...obra citada*, pp. 195 y 196.

constitucional del fin legislativo, lo que implica su certera delimitación⁸².

Así, las normas contentivas de limitaciones sobre derechos fundamentales deben estar destinadas a una finalidad compatible con la Constitución, esto es, que el fin que se persigue no entre en contradicción con las correspondientes disposiciones o principios. En efecto, la Constitución, en su carácter de ordenamiento marco, no predetermina los objetivos específicos que la autoridad estatal ha de procurar con sus actuaciones. Sin embargo, a través de la reserva de ley (restrictiva), genérica o específica, se deja a la libertad del legislador la facultad para la fijación de los fines, lo que comprende la elección de los objetivos de su obrar y obliga a determinar si son lo suficientemente importantes para justificar la limitación del derecho fundamental⁸³.

En este examen de compatibilidad de la finalidad de la Ley con la Constitución ha de tenerse en cuenta el principio de igualdad, a fin de evitar la consagración de disposiciones discriminatorias, que devendrían, en consecuencia, en una inconstitucionalidad. De esta manera, al determinarse que la finalidad perseguida por la norma es discriminatoria y, por ende, ilícita, quedaría viciada la ley de inconstitucionalidad, resultando entonces innecesarios otros análisis desde lo que respecta a la proporcionalidad.

Sobre lo anterior, CASAL advierte que las leyes difícilmente contienen enunciados con una finalidad inconstitucional, debiendo, por lo general, efectuarse una labor interpretativa, conforme la cual pueda determinarse la ilegitimidad no en la finalidad objetiva de la ley sino en la intención subjetiva del legislador⁸⁴.

⁸² Cfr. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...obra citada*, pp. 208 y 209.

⁸³ *Ibidem*, p. 210; de igual forma, véase a ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...obra citada*, p. 521.

⁸⁴ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus*

Así pues, la identificación del fin de la ley restrictiva resulta trascendental en el examen de su licitud, para luego continuar con el análisis de la proporcionalidad.

ii) Los medios empleados para alcanzarla.

Se ha expresado que la determinación y licitud del fin perseguido por la intervención estatal para la limitación de los derechos fundamentales, es el punto de inicio en el control de la proporcionalidad. Los medios, por su parte, son el objeto de dicho control. Éstos hacen referencia al soporte que emplea la decisión para surtir sus efectos, así como a la incidencia de la actuación estatal en la esfera jurídica del ciudadano, cuya repercusión permitirá entonces evaluar la conformidad entre el sacrificio de éste y el fin perseguido. Y es que, a diferencia de lo que sucede con los fines, los medios no existen al margen de los hechos; comprenden, siempre, una actuación de limitación sobre los derechos del particular, teniendo el principio entonces como finalidad la interdicción de actuaciones desproporcionadas⁸⁵.

De ahí que, como expresa BARNÉS, *“la relación entre el medio y el fin debe ceñirse a su expresión más detallada, con el objeto de evitar el desenfoque o desviación, en más o en menos, del juicio de proporcionalidad”*. Para el autor, es preciso que se empareje o ponga en conexión cada medio con la finalidad más inmediata y directa a la que se orienta, ya que los riesgos que comporta dicho principio en convertirse en un control de valores y opiniones subjetivas, más allá del ámbito estrictamente jurídico, es muy amplio. También estima este autor, que ambas nociones

Restricciones...obra citada, p. 212.

⁸⁵ RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa...citada*, pp. 304-307.

(medios y fines) deben ser lícitas para poder articular el principio, pues, de lo contrario, la limitación del derecho sería inconstitucional y, en consecuencia, no resultaría necesario llegar al estadio del control de proporcionalidad al haberse vulnerado los presupuestos reglados. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad enjuicia una decisión lícita a la luz de unos fines y medios lícitos dentro de una variedad de soluciones, cuyo análisis estriba – precisamente – en verificar la existencia de una medida menos restrictiva a la adoptada⁸⁶.

iii) Contenido del control. La proporcionalidad de las leyes restrictivas.

Constatada la licitud de la finalidad perseguida a través de la restricción y verificada la compatibilidad con la Constitución del medio empleado para alcanzar dicha finalidad, resulta procedente acudir a la evaluación acumulativa, progresiva, de las exigencias contenidas en los sub principios que conforman el principio de proporcionalidad, a fin de verificar su cumplimiento.

Cabe resaltar, que “juicios” son de intensidad variable; son mandatos de optimización que ordenan una actuación equilibrada; su aplicación sólo puede realizarse de manera gradual y en atención a las circunstancias de cada caso; tienen naturaleza de principio y configuran una estructura generadora de justificación⁸⁷.

En efecto, en materia de derechos fundamentales las normas se

⁸⁶ La referencia del autor es tomada de RAMÍREZ-ESCUDERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa...citada*, pp. 308-311.

⁸⁷ Cfr. GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis, *El principio general de proporcionalidad como límite de la discrecionalidad administrativa...ya citada*, p. 95.

caracterizan, generalmente, porque vienen enunciadas más como principios que como reglas, lo que implica que su aplicación no se efectúe bajo la técnica de la subsunción sino mediante ponderación. Mientras que la subsunción da una respuesta en términos de sí o no (la regla es aplicada o no lo es); la ponderación, contrariamente, responde en términos de más o menos, pudiendo entonces aplicarse el principio en un mayor o menor grado. Por ello, en situaciones de colisión de principios (intereses públicos y derechos individuales), el principio de proporcionalidad permite un punto de equilibrio, toda vez que va más allá de lo requerido por el respeto del contenido esencial. Mientras que para éste basta que el derecho fundamental no quede destruido o desvirtuado, que su imagen no sea desfigurada así esté concebida como una realidad evolutiva; la proporcionalidad exige, además, que la intervención sobre el derecho sea adecuada y necesaria⁸⁸.

Así pues, los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad, son los siguientes:

a) Juicio de adecuación o idoneidad.

Debe reiterarse que el Legislador “*ostenta la prerrogativa de apreciación y de decisión para elegir entre varias alternativas potencialmente adecuadas para alcanzar el fin legislativo*”⁸⁹. En este sentido, el subprincipio de adecuación o idoneidad se encuentra referido a la aptitud de la limitación impuesta al ejercicio o disfrute del derecho para alcanzar la finalidad legislativa, esto es, que la medida debe reunir las condiciones que le permiten contribuir en un sentido fáctico a la realización de tal finalidad.

⁸⁸ Vid. DíEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...obra citada*, pp. 112 y 113

⁸⁹ Vid. ALEXy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...obra citada*, pp. 525.

La actuación de limitación ha de ser coherente con el fin perseguido y su adopción debe permitir alcanzar tal objetivo; “*se caracteriza por tratarse de un control de manifiesta desproporción*”, ordenado teóricamente para evitar restricciones o intervenciones excesivas en los derechos o intereses subjetivos. Únicamente los supuestos de evidente incongruencia de la medida para lograr los objetivos, estarían comprendidos dentro del ámbito de aplicación de este sub principio, el cual, además, no conlleva la necesidad de incorporar elementos de comparación al comprender solamente la correlación medio-fin; se basta de la sola decisión legislativa adoptada para ser llevado a la práctica⁹⁰.

El Legislador dispone de un margen de acción con respecto al conocimiento de hechos relevantes que motivan la medida de limitación sobre el derecho fundamental, es decir, “*un margen de acción epistémico de tipo empírico*”, en razón del cual puede decidir efectuando su propia valoración⁹¹.

En este sentido, a pesar de ser un principio jurídico con un contenido normativo preciso, es ineludible examinar a través de este juicio de idoneidad la valoración de los hechos que sustentan la medida de limitación, para constatar si estamos ante una medida adecuada o no, lo cual se obtiene analizando el nexo de unión entre la medida y el fin. La valoración fáctica no se centra en la medida en sí, sino en el vínculo que une a ésta con el objetivo de la misma. Es necesaria la presencia de un nexo causal que dirija la acción de la medida restrictiva en dirección a la consecución del fin tasado⁹².

Por ello, los órganos judiciales deben indagar tanto como sea posible en la verificación de la fundamentación de la limitación del derecho, lo cual

⁹⁰ Véase a RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa...citada*, pp. 317-319.

⁹¹ Cfr. ALEXANDER, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...obra citada*, pp. 548.

⁹² Vid. RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa...ya citada*, pp. 320-325.

no implica que repita el mismo ejercicio del Legislador, sino que verifique si en el ejercicio de su libertad decisoria éste ha observado o no los límites con los que el derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada está racionalmente justificada, o si, por el contrario, es un simple fruto de la voluntad desnuda de quien la ha dictado. Tal valoración exige del Juez un difícil equilibrio, siendo necesario el mantenimiento del juicio jurídico ajustado a la adecuación entre fines y medios⁹³.

b) Juicio de necesidad o la medida menos restrictiva.

No es admisible la restricción del derecho si no es estrictamente indispensable o necesaria, no en el sentido de la posibilidad de alcanzar el fin perseguido, sino por la inexistencia de otras medidas alternativas igualmente idóneas que, sin comprometer ese fin inicialmente previsto, afecten en menor grado el derecho cuya restricción se pretende o no lo afecte en modo alguno⁹⁴.

Bajo esta noción de necesidad, el deber del legislador no radica sólo en la elevada idoneidad del medio escogido para la consecución del fin, sino en la comparación con otro medio u otros medios no menos idóneos, esto es, por ser el medio más suave, más benigno y moderado de entre todos los posibles (mínimo intervencionismo). Resalta aquí el carácter comparativo del juicio de necesidad, ya que implica una “*relación medio-medio*”, por la razón de que todo circula en torno a la existencia de una alternativa, igualmente

⁹³ Sobre el particular, véase con provecho a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Editorial Civitas, 4º edición, Madrid, 2002, p. 249.

⁹⁴ Vid. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...obra citada*, p. 225.

eficaz, pero menos restrictiva⁹⁵.

En efecto, al contrario del juicio de adecuación o idoneidad, la necesidad es un sub principio que se utiliza como parámetro para medir otras alternativas; mientras la adecuación consiste en un juicio basado en una relación de causalidad entre medios y fines, la necesidad es un juicio sobre los medios, donde cabe evaluar las consecuencias de éstos, su contraste igualmente lícito, así como su incidencia sobre el derecho afectado. Así pues, si la adecuación o idoneidad es un juicio sobre el nexo de unión entre medios y fines, la necesidad tiene que ver con la intensidad interventora de los medios, lo que quiere decir, que el análisis estudia el grado de la intervención sobre el derecho fundamental frente a otras alternativas posibles, igualmente lesivas, pero de menor intensidad⁹⁶.

Otro aspecto a tomar en cuenta bajo esta noción, es el nivel de idoneidad que el medio alternativo debe ostentar, al no admitirse un medio menos eficaz que el escogido por el legislador, aún siendo menos gravoso para el derecho afectado, ya que debe preservarse que la restricción legislativa se aproxime hasta un cierto punto a la obtención de una finalidad legítima. En otras palabras, que ese otro medio debe poseer una idoneidad no inferior a la del previsto para la limitación del derecho y debe entrañar una intervención de menor intensidad en éste para poder tener preferencia.

Por ello, RAMÍREZ-ESCUADERO⁹⁷ considera imprescindible que se delimite con claridad el sentido de lo que debe considerarse como una “*medida menos restrictiva*”, lo cual puede alcanzarse aplicando los criterios siguientes: i) La medida empleada como término de comparación debe conseguir el mismo resultado previsto en la medida que se objeta; es decir,

⁹⁵ *Ídem*.

⁹⁶ Véase a RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa...ya citada*, pp. 335.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 336 y 337.

debe ser menos gravosa y alcanzar, en los mismos términos, la finalidad inicialmente prevista; *ii*) La existencia de una medida menos restrictiva no debe suponer la imposición de cargas u obligaciones a sujetos distintos a los que afectaba la medida inicial, pues sólo generaría que dejase de ser lesiva para el afectado inicial pero no así para el tercero, y entonces no se depuraría el ordenamiento jurídico; *iii*) La medida alternativa debe ser legal y de posible ejecución por parte de la autoridad competente, ya que de lo contrario sería antijurídica; y *iv*) Que al ser el juicio de necesidad un mandato de optimización, es susceptible de aplicarse en grado, es decir, que no es taxativo sino de maximización jurídica; implica que la medida a escoger no sea la que no produzca alguna lesión o una afectación mínima, sino la que menos repercusiones tenga en la esfera jurídica del ciudadano, debiendo entonces analizarse las demás alternativas como posibilidades reales y no como meras hipótesis.

En resumen, el rasgo peculiar de este juicio de necesidad, es que procura una comparación entre el medio legalmente elegido y otros medios hipotéticos que pudieran ser deducidos por quienes objetan el primero. En efecto, en este juicio estamos ante un proceso de valoración comparativo, donde la apreciación de los hechos se circunscribe a la posibilidad de que existan medidas menos gravosas e igual de eficaces que la adoptada.

También, es conveniente apuntar, que la medida adoptada no ha de tener, forzosamente, carácter aislado o singular, ya que pudiera comprender variados medios que concurran desde distintos ángulos a la consecución de la finalidad de la intervención legislativa.⁹⁸

c) La proporcionalidad en sentido estricto. El balance costos

⁹⁸ Vid. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...obra citada*, pp. 226-228.

beneficios.

La medida restrictiva del derecho fundamental, además de ser adecuada y necesaria, debe encontrarse en una relación proporcionada con el fin al que se aspira. La proporcionalidad en sentido estricto no está limitada a la verificación de la eficacia entre el medio y el fin perseguido o entre diversos medios idóneos respecto de ese fin, sino que incorpora a la propia finalidad legislativa como objeto del control; toma en cuenta los diversos aspectos que confluyen en la limitación de un derecho, de índole tanto fáctica como normativa, para incluirlos en la ponderación, la cual se entrecruza con aquéllos al desarrollar un examen riguroso de la justificación de la restricción.

En este sentido, CASAL⁹⁹ afirma que de los tres sub principios que integran el principio genérico, la proporcionalidad en sentido estricto es la vertiente más exigente y comprehensiva del juicio de la prohibición de exceso. Más exigente, porque no se circunscribe a verificar solamente la relación entre el medio legal y el fin perseguido, o entre diversos medios idóneos respecto de dicho fin, sino que incorpora la misma finalidad legislativa como objeto del control. Más comprehensiva, ya que incluye en la ponderación los distintos aspectos que convergen en la restricción del derecho, tanto los de carácter fáctico como los normativos.

Así, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el que suele poseer mayor complejidad, ya que exige desarrollar un riguroso análisis sobre lo que justifica la medida de limitación, para resolver, mediante una adecuada argumentación y conforme a parámetros racionales, el conflicto que se haya suscitado entre distintos bienes jurídicos.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 242.

Este juicio supone tasar los costos y beneficios de la medida empleada, tomando como punto de inicio para el análisis el derecho fundamental y, como criterio de evaluación, el aseguramiento de su más amplio disfrute por parte del ciudadano, pues los sacrificios no compensados o justificados por la importancia de la consecución de tales fines resultan inconstitucionales. En efecto, los medios empleados no deben afectar en exceso ese derecho o, en otras palabras, no deben traspasar la barrera de lo insoportable¹⁰⁰.

La proporcionalidad en sentido estricto no consiste en un control sobre la carencia de aptitud de un medio limitativo de derechos para favorecer la finalidad legal, o porque vaya más allá de lo requerido para satisfacerla a causa de la existencia de una medida alternativa menos gravosa. Lo propio de este subprincipio es que indaga, evalúa lo injustificado de la reducción de la libertad en relación a los beneficios que se puedan generar para la sociedad o para otros titulares de derechos. Se verifica, así, el sentido de la limitación, esto es, si es excesiva para el derecho en comparación con las ventajas que de ella cabe esperar¹⁰¹.

Hay que destacar que este subprincipio se caracteriza, también, por presuponer una medida para la comparación que el mismo no aporta. En efecto, en el juicio de necesidad, por ejemplo, el control estriba en una comparación entre medios, pero orientado por un criterio inherente a esa exigencia, como lo es, la búsqueda de un medio menos lesivo para el derecho, pero no menos eficaz para la consecución del fin legal. La proporcionalidad en sentido estricto, por el contrario, implica una valoración ponderativa que no puede ser resuelta sin acudir a criterios o puntos de vista externos, tanto materiales como formales. Ciertamente, contempla la supresión de aquellas limitaciones que afecten el derecho más allá de lo

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 243.

¹⁰¹ *Ídem*.

puede ser aceptado razonablemente, en relación al fin perseguido y al grado de su realización, constituyéndose como un criterio de decisión al momento de ponderarse los bienes en conflicto, cuyo peso o valor no viene determinado por dicho subprincipio, lo que obliga a incorporar en la ponderación otros criterios materiales o formales¹⁰².

Al respecto, CASAL¹⁰³ expresa que el *“tertium comparationis”* puede encontrarse en el ordenamiento constitucional; *“el término para la comparación es el peso constitucional de los intereses en juego”*. No obstante, este aserto requiere de precisiones y diferenciaciones. En primer lugar, hay que decir que tal ordenamiento no contiene un orden jerárquico general de valores constitucionales, a partir del cual resolver *“more geométrico”* las colisiones constitucionales. Es más, tal posibilidad de realizar esa ordenación abstracta de valores resulta bastante difícil. Y es que la proporcionalidad en sentido estricto no se encuentra destinada principalmente a sopesar valores abstractos, sino a procurar, en atención a las circunstancias concretas en que se produce la colisión o tensión entre bienes jurídicos, que la afectación sobre alguno de ellos para la satisfacción del otro sea equilibrada, lo cual se traduce, desde la óptica del control judicial, en que la dimensión de la afectación debe ser medida para determinar si la intervención o limitación del derecho no es excesiva.

C. La garantía jurisdiccional o acceso a la justicia.

El derecho de acceso a la justicia o *“derecho a que se haga*

¹⁰² *Ibidem*, p. 244.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 245.

justicia”¹⁰⁴, es uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado, quien tiene el cometido de materializarlo. Cuando este derecho es recogido constitucionalmente adquiere la naturaleza de garantía constitucional y se incorpora al elenco de derechos fundamentales¹⁰⁵. El derecho a la jurisdicción es un presupuesto necesario para la existencia de una protección judicial de los derechos fundamentales.

PECES-BARBA¹⁰⁶, considera que el control jurisdiccional es la “*pie*dra angula de la protección normal de los derechos fundamentales”. El derecho a la jurisdicción es la función específica estatal por la cual el poder público satisface pretensiones; supone la posibilidad de defensa judicial de un derecho fundamental. El Estado asume, por medio del Poder Judicial, la defensa de tal derecho.

¹⁰⁴ Vid. DUQUE CORREDOR, Román, *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Editorial Legis, 2008, 360

¹⁰⁵ En España, esta función de garantía judicial del poder público se encuentra consagrada en el artículo 24 de la Constitución, concretamente, en el Título I “*De los derechos y deberes fundamentales*”, Capítulo II “*Derechos y Libertades*”, Sección 1 “*De los derechos fundamentales y las libertades públicas*”, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 24:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tributaria en gran medida de la Constitución Española, e inspirada en el citado artículo 24, reconoce este derecho en su artículo 26, específicamente, en el Título II “*De los derechos humanos y garantías y de los deberes*”, Capítulo I “*Disposiciones generales*”, al prever:

“Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”

¹⁰⁶ Vid. PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1986, pp. 181 y ss.

Es la única posibilidad de defensa de un derecho fundamental en una sociedad organizada, en razón del principio de paz jurídica que la rige, según el cual, *“el sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho preexistente (statu quo) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del Derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzoso para la parte obligada. A su vez, si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podrá imponerla a la otra parte por su propia coacción privada, sino que deberá impetrar el respaldo coactivo mediante una segunda pretensión dirigida al Tribunal, el cual dispondrá la asistencia de la coacción pública (única legítima) si se acredita que, en efecto, la resolución que trata de imponerse goza de fuerza ejecutoria. La primera carga de sometimiento a un Tribunal es la carga de un juicio declarativo; la segunda; la de un juicio ejecutivo.”*¹⁰⁷

Así pues, los ciudadanos al estar impedidos de velar por sí mismos sus derechos e intereses, están obligados, en caso de considerarlos vulnerados, a acudir ante los órganos de administración de justicia para que sean éstos quienes los preserven. Es decir, que el Estado se encuentra constreñido en dar protección jurisdiccional a los ciudadanos; éstos, a su vez, tienen el derecho de exigirla para la resolución de los conflictos jurídicos que se les susciten.

El derecho de acceso a la justicia, podría definirse entonces, como la *“funcionalización de un poder del Estado a la garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos a través de la corrección de la*

¹⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ; Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Duodécima edición, Thomson, Civitas, Madrid, 2004, pp. 497-498.

*ilegitimidad del conjunto de relaciones, procesos y actos de ejecución y producción jurídicas respecto de los valores y principios constitucionales que informan todo el ordenamiento*¹⁰⁸.

En este sentido, la doctrina¹⁰⁹ afirma que el derecho de acceso a la justicia implica los elementos siguientes:

- 1) Una norma de derecho sustantivo en que se apoye el derecho subjetivo fundamental.
- 2) Plena justiciabilidad de cualquier derecho o interés legítimo. Que el derecho puede ser defendido ante un órgano judicial, sin trabas.
- 3) La configuración de la función jurisdiccional en un poder autónomo, que garantice la independencia de los jueces respecto del sistema político del ordenamiento, como también de las consecuencias sociales y económicas de sus decisiones.
- 4) Un procedimiento dónde adjetivamente el derecho a la jurisdicción se encuentre organizado, con todas sus fases probatorias y alegatorias.
- 5) Derecho a que la tutela judicial se preste de manera efectiva (efectividad de la tutela). De nada serviría garantizar la posibilidad de acceder a un órgano judicial, si con posterioridad el individuo no pudiera defender sus posiciones, no tuviera una resolución no basada en derecho, o viera cómo la resolución firme que pone punto final a su pretensión pudiera verse alterada, pues en tales casos el derecho a la tutela quedaría vacío de contenido, no sería más un título retórico.

¹⁰⁸ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho...obra citada*, p. 227.

¹⁰⁹ Véase sobre el particular a PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales...ob. cit.*, p. 186 y 187; igualmente, confróntese a DÍEZ PICAZO, Luis y FRAILE ORTÍZ, María, "Derecho a la tutela judicial efectiva", en ARAGÓN REYES, Manuel (Director) y AGUADO RENEDO, César (Coordinador), *Derechos fundamentales y su protección...ob. cit.*, pp. 245-254.

Tal derecho, a su vez, implica los derechos siguientes:

- a) Derecho a la aplicación cierta y objetiva de la ley; interdicción de la discrecionalidad o libre apreciación del juez.
- b) Derecho a no sufrir indefensión: ésta debe entenderse como privación o limitación no imputable al justiciable de cualesquiera medios legítimos de defensa de la propia posición dentro del proceso.
- c) Derecho a obtener una resolución debidamente motivada. El juez debe razonar sobre el *petitum*, lo que debe quedar exteriorizado en la motivación. De aquí extraemos: *i)* La motivación debe expresar un pronunciamiento razonable, *ii)* Debe ser congruente; responde a lo pedido y a los fundamentos de lo pedido.
- d) Derecho a utilizar los recursos previstos por las leyes procesales. Este derecho no implica solamente la previsión de los recursos, sino la posibilidad efectiva de poderlos utilizar.
- e) Derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y derecho a la ejecución de las mismas. Implica la firmeza e inalterabilidad imposibilidad de reforma de las decisiones judiciales, así como su efectiva ejecución.

La efectividad de la tutela judicial, entonces, exige que el Juez incluya en su fallo estimatorio el reconocimiento de los derechos del recurrente, adoptando al efecto cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de su situación jurídica anterior, bien directamente por la propia sentencia (en caso de contar con elementos de juicio suficientes para ello, pudiendo en todo caso acordar autos para mejor proveer), bien indirectamente sentando en la sentencia las bases para su ulterior

ejecución¹¹⁰. De esta manera, el Juez constituye una pieza fundamental para el Derecho; no hay Derecho sin Juez, pues viene a ser *“la boca que pronuncia las palabras de la Ley”*¹¹¹.

Así, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene como funcionalidad el restablecimiento real, oportuno, eficaz e integral de los derechos e intereses de los particulares vulnerados o menoscabados. Impide, en otras palabras, que la función judicial sea sólo nominal. Desdobra efectos desde antes de la instauración del proceso, porque asegura el libre acceso de los afectados a los tribunales; mantiene su potencial durante toda la tramitación del juicio, pues, procura que la reclamación desemboque en una sentencia que resulte idónea para la reparación y restablecimiento de los derechos e intereses que habrían sido violentados; y permite que la decisión judicial pueda ser llevada a la práctica¹¹².

i. La tutela cautelar como manifestación del derecho a una efectiva tutela judicial.

En el momento en que se ejercita un derecho presentando la correspondiente demanda, el derecho ya existe (o no existe) y es legítimo (o ilegítimo), pero la clarificación por parte del Tribunal, en la mayoría de las veces, se produce demasiado tarde para que el derecho invocado pueda ser ejercitado efectiva y útilmente.

¹¹⁰ Confróntese sobre el particular a FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración...obra citada*, p. 99.

¹¹¹ Véase con provecho a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5º edición ampliada-reimpresión, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 140.

¹¹² Al respecto, véase a CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, “Tutela Judicial Efectiva, Contencioso Administrativo y Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Administrativo No. 7*, Septiembre – Diciembre, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 24-27.

Por tal razón, las medidas cautelares se presentan como instrumentos útiles de la justicia, ya que, por una parte, hacen posible que los tribunales presten una tutela efectiva; por otra, son los mejores mecanismos para evitar los efectos perversos de la duración del proceso.

Así pues, el fin de la tutela cautelar es realizar el fin fundamental de todo ordenamiento jurídico, que es la efectividad de la tutela judicial; evitar que el tiempo necesario para llegar a la sentencia judicial no concluya por vaciar irreversiblemente el contenido del derecho ejercitado¹¹³.

En este sentido, Chinchilla Marín, citando a Calamandrei, expone que:

“Si la justicia se pudiera otorgar de una manera inmediata, las medidas cautelares no tendrían razón de ser; pero es evidente que la justicia en la mayoría de los casos no puede actuarse con esa deseable celeridad. Para que la sentencia nazca con todas las garantías debe estar precedida del regular y mediato desarrollo de toda una serie de actividades, para cuyo cumplimiento es preciso un período, no breve, de espera. Ahora bien, (...), esta mora indispensable corre el riesgo de hacer prácticamente ineficaz a la sentencia que estaría destinada a llegar demasiado tarde, por amor a la perfección, como el medicamento lentamente elaborado llegaría a un enfermo muerto”¹¹⁴.

A tal efecto, el Juez está en la obligación de utilizar los medios necesarios para que el derecho cuya tutela se le solicita permanezca íntegro durante el tiempo que dura el proceso, de manera que sea posible su satisfacción al momento de ejecutar la sentencia que lo reconozca.

De no ser así, y el Juez se viera imposibilitado de acordar las medidas

¹¹³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, 3º Edición ampliada, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 114 y 115.

¹¹⁴ CHINCHILLA MARÍA, Carmen, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 31.

cautelares que pretendan garantizar la plena eficacia de la decisión jurisdiccional, se encontraría completamente disminuida la plena eficacia del Derecho. Y es que la competencia para acordar medidas cautelares no es una competencia distinta de la de enjuiciar y decidir. La existencia de facultades para acordar medidas cautelares forma parte de las imprescindibles con que debe contar un juez para que pueda otorgar justicia efectiva. No se trata de un poder jurisdiccional substantivo e independiente del poder jurisdiccional de decidir un proceso en cuanto al fondo; la potestad de acordar medidas cautelares es un simple medio instrumental de hacer que esa decisión de fondo pueda pronunciarse en condiciones de ser efectiva.

Por tanto, una tutela judicial efectiva requiere *sine qua non* de ese poder instrumental. Un recurso efectivo no puede ser uno cuyos efectos prácticos queden frustrados totalmente ante la ausencia de medidas que eviten una consolidación de perjuicios irreparables y definitivos. Sin la posibilidad de adoptar medidas cautelares la decisión de fondo sería vana e inefectiva.

D. Adecuación al principio o sistema democrático.

Hemos visto que el poder público, en todas sus expresiones, se encuentra limitado en sus posibilidades de decisión política y disposición normativa como consecuencia de la supremacía constitucional de las libertades ciudadanas, las cuales dan contenido a los principios y valores superiores que informan el ordenamiento jurídico, y cuya protección se produce únicamente en Estados Democráticos. En efecto, las reglas del sistema democrático han tenido como condición necesaria para su correcta aplicación, desde el inicio, los derechos de libertad. La democracia, en su

desarrollo, se ha vuelto el instrumento principal de defensa de los derechos de libertad. En la actualidad, únicamente los Estados Democráticos protegen los derechos del hombre; los Estados Autoritarios son antiliberales y antidemocráticos¹¹⁵. “*Libertad, igualdad de derechos y democracia resultan por ello indivisibles*”¹¹⁶.

La democracia, a partir de su comprensión axiológica como modelo político, es el único procedimiento de organización y de decisión política compatible con las exigencias de la pluralidad individual y social, toda vez que incorpora una dimensión valorativa que permite considerarla algo más que un simple procedimiento decisorio, que un simple criterio de validación de decisiones del poder por mayorías o del poder elegido mayoritariamente, ya que, en ese supuesto, se convertiría en un criterio de legitimación del poder frente a los ciudadanos (legitimación mayoritaria). De ahí que sea necesario resaltar que, en el Estado Constitucional Democrático y de Derecho, no hay poderes soberanos sino poderes cuyas atribuciones se encuentran establecidas constitucionalmente, de modo que su única legitimidad es de ejercicio, que además es eventual y ulterior con relación a la realización de sus funciones. Entonces, la democracia no es un expediente de legitimación del poder, sino que es un control popular del poder. En ello, precisamente, reside la soberanía popular: antes de ser el poder del pueblo, ha de ser el control de todo poder por el pueblo. La soberanía popular no es el poder supremo de alguien, sino el control constante del poder; no permite responder a la pregunta de quién manda, sino de cómo se manda y cómo se controla al que manda. La soberanía popular y la democracia, de esta manera, lejos de legitimar el ejercicio descontrolado del poder, son exigencias de la afirmación de la supremacía de lo personal y lo social frente

¹¹⁵ Vid. BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, 15° reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 48

¹¹⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración...citada*, p. 82.

al poder; son el conjunto de *“creencias, reglas y principios que garantizan el pleno y continuado ejercicio de la autonomía, la libertad y de la igualdad”*¹¹⁷.

Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA¹¹⁸ expresa que la oposición al poder, la crítica del mismo y la impugnación judicial de sus actos, integran la esencia misma de la democracia. Se trata (la democracia) de un *“sistema que reconoce a los individuos y colectividades como sujetos, es decir, que les protege y les anima su voluntad de “vivir su vida”, de dar una unidad y un sentido a su experiencia de vivir. De modo que lo que limita el poder no es sólo el conjunto de reglas de procedimiento, sino la voluntad positiva de acrecer la libertad de cada uno. La democracia es la subordinación de la organización social, y del poder político en particular, a un objetivo que no es social, sino moral: la liberación de cada uno”*.

Lo anterior, hace que la materia relativa a la limitación de los derechos fundamentales adquiera especial repercusión, pues, es precisamente bajo el sistema democrático en dónde se suscitan las colisiones entre derechos o entre un derecho y algún interés público, cuya resolución - frecuentemente - terminará en la fijación de limitaciones en la esfera jurídica del ciudadano.

La democracia es el único contexto jurídico-político en el cual los órganos del poder público, en razón de potestades normativas, establecen limitaciones sobre los derechos fundamentales para asegurar determinados bienes individuales o colectivos; restricciones que conllevan importantes consecuencias en la medición de su licitud, al desprenderse de ellas criterios formales y materiales que han de ser depurados, toda vez que no responden únicamente a una ordenación teórica, sino que viene determinada, también, por principios o mandatos normativos. En este sentido, la medida de

¹¹⁷ Vid. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho...obra citada*, pp. 64 y ss.

¹¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración...citada*, pp. 83 y 84.

intervención ha de contener, necesariamente, una fundamentación democrática, la cual es de tal importancia que las Constituciones suelen preverla expresamente como requisito formal para la limitación de derechos fundamentales, y cuya concreción técnica es la institución de la reserva legal. En el ámbito material, el principio democrático interviene en la determinación de la licitud sustancial de las limitaciones impuestas a dichos derechos, al estar directamente vinculados con el funcionamiento de la democracia, como sería, por ejemplo, el caso de los derechos a la libertad de expresión e información y los derechos de asociación, reunión y manifestación, puesto que su vigencia es un presupuesto del apropiado desempeño democrático¹¹⁹.

Por ello, el examen de licitud de las restricciones relativas a estos derechos ha de tener en cuenta su incidencia en el sistema democrático, en donde la ponderación entre el derecho afectado, por un lado, y el interés público o los derechos de terceros, por el otro, ha de incluir tales implicaciones.

Por otra parte, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no vacilan al colocar en relación al concepto de democracia con la limitación de la facultad estatal de incidir sobre tales derechos. Así tenemos, por citar alguno, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando estatuye que.

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar en una sociedad democrática.”

¹¹⁹ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...ya referida*, pp. 327 y ss.

Dicha Declaración, como puede observarse, enlaza la limitación de los derechos humanos con el concepto de democracia o cláusula de sociedad democrática, que incorporan los Tratados Generales de derechos humanos de ámbito universal y de ámbito regional Europeo e Interamericano. La alusión a la sociedad democrática contenida en la citada Declaración, opera como condicionante de la facultad que se reconoce (tácitamente) a los Estados para fijar limitaciones.

Por lo tanto, para CASAL¹²⁰ las limitaciones legales a los derechos fundamentales deben superar el “*test democrático*” para que se pueda aseverar su licitud. Esto comprende evaluar, tanto al fin perseguido con la previsión legal, como a la apreciación de la proporcionalidad en sentido estricto de la limitación y, eventualmente, su incidencia en el contenido esencial del derecho. La finalidad de la ley limitativa debe ajustarse a los principios democráticos, y la ponderación entre el medio empleado y el fin perseguido deben corresponderse con el orden de valores propios del orden democrático.

La significación particular de este “*test democrático*” reside, para el citado autor, en que, si bien el examen ha de efectuarse desde el ámbito de la Constitución y del sistema político democrático en que tiene lugar, acentúa aspectos que están comprendido solamente de manera tácita en el examen de la licitud de la finalidad de la ley limitativa, de la proporcionalidad de la medida o previsión legal correspondiente, y del respeto a la intangibilidad del contenido esencial del derecho.

¹²⁰ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, en ARISMENDI A., Alfredo y CABALLERO ORTÍZ, Jesús (Coordinadores), *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías...obra citada*, p. 2534.

CAPÍTULO II

LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL

1. CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

A. Previsión constitucional del derecho de propiedad en los ordenamientos de España y Venezuela.

La Constitución, vértice y fundamento del ordenamiento jurídico, establece el contorno del derecho de propiedad desde su regulación, la cual está estrechamente vinculada por la realidad jurídicamente relevante (contexto histórico, político, económico, social y cultural) del lugar donde ha sido dictada la Constitución, el tratamiento dado a las libertades individuales, así como el nivel de intervencionismo reconocido al Estado.

No define la Constitución Española en qué consiste el derecho de propiedad¹²¹, como tampoco lo hace la Constitución Venezolana; no obstante, a partir de la interpretación que se efectúe de esos Textos

¹²¹ Entre otros, véase a: BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 28; asimismo, a PAREJO ALFONSO, Luciano, “*Algunas consideraciones...obra citada*”, p. 301; el mismo autor en: *Problemas actuales...citada*, p. 39; y en: *Derecho Administrativo, ob. cit.*, p. 815; también, a LÓPEZ - LÓPEZ, Ángel Manuel, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, pp. 38 y 39; de igual forma, a REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad privada en la Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 292 y ss; de la misma manera, a PÉREZ LUÑO, Antonio y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, Alfonso, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Coordinador), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Editorial Cortes Generales, Tomo III, Madrid, 1996, pp. 491 y ss.

Fundamentales se puede precisar, en cada caso, una noción de tal derecho y, con ello, las técnicas jurídicas que permiten fijar su núcleo y determinar su ámbito de protección frente al Estado.

Es importante decir en este punto, que reconocemos el importante desarrollo que ha tenido la regulación del derecho de propiedad en el campo del Derecho Civil; sin embargo, tal y como alude el título del presente capítulo, abordaremos el tema desde el contorno constitucional de este derecho, aunque en ocasiones se aludirán a regulaciones del derecho civil a modo puntual o referencial, por cuanto su estudio pormenorizado desde ese aspecto civil excede los objetivos de esta investigación. Así tenemos:

a) Situación en España.

El artículo 33 de la Constitución Española disciplina el derecho de propiedad en los términos que seguidamente se indican:

“Artículo 33.

- 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
- 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*
- 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”*

El precepto, en el numeral primero, constitucionaliza el derecho a la propiedad privada a través de su reconocimiento, lo que sugiere partir de la

idea del derecho de propiedad como derecho de defensa o libertad frente al poder público; “su consagración como derecho subjetivo con sede constitucional”¹²². También se reconoce el derecho a la herencia (especie del género derecho de propiedad), lo que comporta la facultad para el titular de disponer de sus bienes a causa de muerte a través de testamento, o en favor de quienes la ley designe como herederos en caso de ausencia de testamento.

Dicho precepto se ubica en el Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”), Capítulo Segundo (“Derechos y Libertades”), Sección 2º (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”); sin embargo, es preciso decir, que esa no fue la ordenación prevista inicialmente para la propiedad, pues, en el anteproyecto de la Constitución aparecía prevista en el artículo 29, por lo tanto, incluida entre las libertades públicas que gozan de la máxima garantía y tutela, propias de los derechos fundamentales (prelación y sumariedad del recurso ante la jurisdicción ordinaria, el de amparo ante el Tribunal Constitucional, así como la garantía de la reserva de ley orgánica), conforme al método definitivo que fue aprobado en la Constitución Española. Este cambio se produjo en el trámite ante la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados y como consecuencia de la propuesta por el Informe de la Ponencia de nueva ordenación del Título I, lo cual dio lugar a su nueva ubicación sistemática (primero como artículo 31 y luego y definitivamente como artículo 33)¹²³.

La propiedad privada ocupa un lugar central en el constitucionalismo, ya que representa una garantía patrimonial de las libertades personales, al constituir uno de los presupuestos principales sobre los que aquél se apoya,

¹²² BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 112.

¹²³ Al respecto, véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, “*Algunas consideraciones... obra citada*, p. 301; el mismo autor en: *Problemas actuales...citada*, p. 39; y en: *Derecho Administrativo, ob. cit.*, p. 815.

como lo es, el que la libertad no es posible sin propiedad privada. En efecto, *“podría decirse que las facultades de goce y disposición dominicales constituyen una forma de asegurar la autonomía personal”*¹²⁴.

Esta visión de la propiedad privada como condición necesaria, aunque no suficiente, de la libertad, como afirma DÍEZ PICAZO, ha de ser entendida tanto en sentido individual como colectivo. En el primero de los supuestos, ya que la intangibilidad de la propiedad privada opera como una coraza de las personas frente a los caprichos del poder político. En el otro sentido, *“la existencia de una amplia gama de bienes de propiedad privada hace posible las relaciones económicas al margen del poder político y, por consiguiente, permite diferenciar entre Estado y sociedad civil. Allí donde no hay propiedad privada, la sociedad civil, incluso en sus aspectos extraeconómicos (asociativos, culturales, benéficos, etc.) carece de verdadera autonomía frente al Estado”*¹²⁵.

Este dispositivo constitucional, a su vez, reconoce a la propiedad privada en una *“doble dimensión, como institución y como derecho individual, lo que impide concebirla hoy como figura reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil”*¹²⁶. Tal reconocimiento como institución, se hace sin diferenciar entre todas y cada una de las formas de propiedad reguladas por el legislador¹²⁷, quedando comprendidas y protegidas en la institución <<propiedad>> *“todas las situaciones jurídicas*

¹²⁴ Vid. BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad...citada*, p. 26.

¹²⁵ DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sistema...obra citada*, pp. 504 y 505.

¹²⁶ Cfr. STC 37/1987, de 26 de marzo, F.J. 2º

¹²⁷ Es importante destacar, en este sentido, que el Tribunal Constitucional ha expresado la conformidad de la garantía institucional de la propiedad en la regulación de diferentes situaciones dominicales, como sería en los casos expuestos en: STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la propiedad agraria de Andalucía; STC 170/1989, de 19 de octubre, sobre bienes en que concurren valores medioambientales o que lindan con la ribera del mar; STC 149/1994, de 17 de abril, sobre la prórroga forzosa de viviendas o locales de negocio arrendados; o la STC 61/1997, de 20 de marzo, sobre la delimitación del contenido de la propiedad urbana.

subjetivas de carácter patrimonial”¹²⁸.

En este sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ afirma que carecería de sentido que la *“garantía institucional se refiera a la propiedad privada con todas y cada una de sus manifestaciones singulares, pues ello equivaldría, entre otras cosas, a negar la posibilidad de concretas intervenciones ablatorias por parte de los poderes públicos, lo que es absurdo al estar consagrada la expropiación forzosa por la propia Constitución*”¹²⁹. Además, la propiedad privada protegida por el artículo 33 constitucional no es únicamente aquella que tiene como objeto bienes (materiales o inmateriales), sino también otros derechos, lógicamente de contenido económico¹³⁰.

Ciertamente, el artículo 33 de la Constitución no determina de antemano los bienes que son susceptible de apropiación privada (suelo agrario, urbano o aguas continentales), como tampoco el concreto haz de facultades (grado de aprovechamiento o utilidad privada; ámbito de libre disposición) que lo conforman, y del que podrán ser titulares los particulares, así como los deberes y cargas que habrá de cumplir o realizar quien sea su titular, lo cual dependerá, según el artículo 33.2 eiusdem, de lo que determine la ley de acuerdo con el bien objeto del derecho y los intereses sociales e individuales concurrentes; es decir, de acuerdo con la noción de la función social que haya de realizar el tipo de propiedad que se trate¹³¹.

La propiedad, por ello, es un derecho funcionalizado; la función social es inherente al derecho mismo que, por lo demás, integra su contenido esencial, puesto que éste se compone de los elementos sustanciales sin los cuales no sería reconocible. La función social es un elemento interno tan esencial a la propiedad constitucional que hace impensable su actuación

¹²⁸ STC 204/2004, de 18 de noviembre.

¹²⁹ LÓPEZ LÓPEZ, Ángel M., *La disciplina...citada*, pp. 38 y 39.

¹³⁰ DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sistema...obra citada*, p. 506.

¹³¹ Véase a BARNÉS, Javier, , “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad...citada*, p. 28

fuera de la protección prestada por el artículo 53.1 del Texto Fundamental.

Es importante señalar, en este sentido, que por la ubicación del artículo 33 en la Constitución, le es extendida la triple garantía general articulada en el artículo 53.1 de la propia norma fundamental: *i)* La vinculación a todos los poderes públicos, como prescripción que obliga no sólo al respeto (a la protección y al no desconocimiento) en las condiciones del artículo 9.2, sino también a la acción positiva en el sentido del artículo 9.3 del propio texto constitucional; *ii)* La reserva de ley formal de la regulación de su ejercicio, que si bien rige con carácter general para todos los derechos y libertades del Capítulo II, contiene una regulación específica en el artículo 33.2, por tanto relativizada mediante la fórmula “de acuerdo con las leyes” (abriendo así un mayor campo a la colaboración de normas infralegales con la Ley formal); y *iii)* La limitación de la capacidad de configuración del legislador, a la hora de regular el derecho, por el contenido esencial, que aquél declara intangible, por lo que opera en el plano objetivo de la regulación normativa del derecho de propiedad en cuanto institución¹³².

Así pues, la regulación que contiene el artículo 33 de la Constitución, presenta dos partes claramente diferenciadas: *i)* La oposición objetiva a favor de la construcción del ordenamiento jurídico con el juego del dominio privado sobre las cosas como elemento o pieza necesarios (que luce en la expresión <<derecho a la propiedad privada>> que emplea el número 1), a cuyo servicio se coloca la determinación del número 2, de un lado; y *ii)* La protección de los bienes o situaciones concretos consolidados en términos de propiedad, con la única excepción de la expropiación (supuesto del número 3) sujeta a requisitos o presupuestos específicos¹³³.

Luce entonces evidente la “*estrecha conexión de los tres apartados*”

¹³² Al respecto, véase: PAREJO ALFONSO, Luciano, “*Algunas consideraciones...obra citada*”, pp. 271 y 272.

¹³³ *Ibidem*, p. 273.

*del artículo 33 CE*¹³⁴, los cuales “no pueden ser artificiosamente separados”¹³⁵, sino que han de ser interpretados de forma sistemática y conjunta y en el tejido del texto constitucional entero (cláusulas del Estado social y de Derecho del art. 1.1; arts. 9.2; 10.2 - señaladamente, el art. 1 del Protocolo Adicional 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -; 38; 45; 46; 53.1 y 2; 128; 129.2; 149.1.1º, 8º, 9º, entre otros)¹³⁶.

Es importante destacar, por otra parte, que la previsión del artículo 33 de la Constitución de España encuentra analogía en las Declaraciones internacionales de derechos fundamentales, que son incorporadas al ordenamiento jurídico como criterios interpretativos según el artículo 10.2 Constitucional, en el amparo de la propiedad y los derechos patrimoniales de los ciudadanos frente al Estado¹³⁷.

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, estatuye en su artículo 17 lo siguiente:

“Artículo 17.

- 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.*
- 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”*

Igualmente, el Protocolo Adicional Primero al Convenio Europeo para

¹³⁴ STC 204/2004, de 18 de noviembre, F.J. 5º

¹³⁵ STC 37/1987, de 26 de marzo, F.J. 2º.

¹³⁶ Véase al respecto a BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (coordinador), *Propiedad...ob. cit.*, p. 28. Asimismo, confróntese a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, No. 177, septiembre-diciembre, 2008, p. 160.

¹³⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el derecho comparado”, en: *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo III, Civitas ediciones, Madrid, 2003, pp.3039 y 3040.

la Protección de los Derechos Humanos, de 20 de marzo de 1952, en su artículo 1 dispone:

“Artículo 1.

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para asegurar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.”

Es preciso expresar sobre este particular, que España, si bien había firmado el Convenio y los Protocolos 3º y 5º en 1977, ratificó el Protocolo 1º con notable retraso, concretamente el 2 de noviembre de 1990 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 12 de enero de 1991, formulando, además, reservas con relación al derecho de propiedad, ya que el ámbito garantizado por el citado Protocolo 1º parecía ser superior al del artículo 33 de la Constitución Española, muy especialmente lo que respecta a la materia expropiatoria regulada en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954; a todo evento, dicha ratificación se efectuó sólo para las expropiaciones posteriores a esa fecha (2-11-1990)¹³⁸.

¹³⁸ Esta reserva tuvo por objeto excluir la posible aplicación de este convenio al caso RUMASA, tal y como puede observarse de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el derecho comparado”, en: *El derecho público...citada*, p. 3040; asimismo, confróntese a FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores Utrilla, *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa. Derecho de la Unión Europea y Convenio Europeo de de Derechos Humanos*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 23-27; igualmente, a BARCELONA LLOP, Javier, *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y

El artículo 33 de la Constitución Española, también encuentra sus precedentes en el Derecho Comparado, debido a la influencia que sobre él tuvieron las disposiciones constitucionales de Francia, Italia y, sobre todo, Alemania¹³⁹.

En el caso de Alemania, la Ley Fundamental de 1949, en su artículo 14, consagra el derecho de propiedad en los términos siguientes:

“Artículo 14.

- 1. Se garantizan la propiedad y la herencia. El contenido y los límites se determinan por las Leyes.*
- 2. La propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bien común.*
- 3. La expropiación sólo es lícita para satisfacer el bien común. Podrá producirse únicamente por Ley o en virtud de una Ley que establezca la forma y la cuantía de la indemnización. La indemnización se determinará ponderando equitativamente los intereses de la colectividad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre la cuantía de la indemnización, estará abierta la vía de los tribunales ordinarios.”*

No establece este artículo un concepto absoluto e inmutable de propiedad, encontrándose habilitado el legislador (sólo él) para fijar su contenido y límites (art. 14.1.2.). Tampoco establece un catálogo de los bienes que son objeto del derecho de propiedad, correspondiéndole a la jurisprudencia determinar el ámbito de protección en consonancia con el Derecho Civil y las concepciones sociales, para lo cual ha de examinarse la interacción entre la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, de acuerdo con el texto constitucional y con las decisiones axiológicas básicas que de él se

Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 12-20.

¹³⁹ Vid. BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad...ob. cit.*, p. 26.

manifiestan¹⁴⁰. En cuanto a los bienes de contenido patrimonial que han de considerarse como propiedad, conforme al citado artículo 14 de la Ley Fundamental, ha de observarse el fin y la función que satisface la propiedad (art. 14.2), tomando en consideración para ello el contexto completo de la Constitución. El Tribunal Constitucional Federal ha elaborado una sólida doctrina jurisprudencial sobre las directrices y limitaciones que en ejercicio de la potestad de delimitación consagra la Ley Fundamental hacia el legislador, destacando tres elementos que compendian las “decisiones axiológicas básicas” de la Ley Fundamental, como son: la garantía institucional de la propiedad y los postulados del Estado social y del Estado de Derecho. El número 3º del artículo 14, por su parte, prevé dos tipos de expropiación: legislativa en la cual el acto tiene forma de ley, y otra administrativa que se adopta a través del acto administrativo¹⁴¹.

Dos diferencias pueden constatarse entre el precepto del artículo 33 de la Constitución Española y el artículo 14 de la Ley Fundamental de 1949. La primera de ellas, es que el derecho de propiedad en Alemania es objeto de recurso de amparo constitucional; la otra, la obligación sobre el legislador de determinar cuándo se está en presencia de una expropiación de un bien o derecho patrimonial que debe ser indemnizado, derivándose de ahí también la obligación de explicitar cuando la ley delimitadora del contenido del dominio y los límites de su ejercicio en razón de la función tienen efectos expropiatorios, estableciendo entonces la correspondiente indemnización¹⁴².

En el caso Francés, ya hemos advertido que el sistema sobre el que se soporta el ordenamiento de España deviene, sustancialmente, del surgido

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 30 de abril de 1952, BVerfGE 1,264.

¹⁴¹ KIMMINICH, Otto, La propiedad en la Constitución Alemana, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 151 y ss.

¹⁴² Vid. BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (coordinador), *Propiedad...ob. cit.*, p. 38.

con ocasión de la Revolución Francesa, esto es, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Código de Napoleón de 1804. En este sentido, la Constitución Francesa de 1958, vigente para el momento constituyente español de 1978, no obstante que, dentro de sus particularidades, denota la ausencia de preceptos referidos a los derechos fundamentales, éstos son reconocidos indirectamente en su Preámbulo que proclama solemnemente la <<vinculación del pueblo francés a los derechos humanos y al principio de soberanía nacional tal y como se encuentran definidos en la Declaración de 1789, confirmada y contemplada por el Preámbulo de la Constitución de 1946>>. Así, en lo que concierne a la propiedad, la Constitución francesa se limita a establecer en el artículo 34 el principio de reserva legal¹⁴³, difiriendo las normas sustantivas al Preámbulo de la Constitución de 1946 y, muy especialmente, al artículo 17 de la Declaración de 1789¹⁴⁴, que establece:

“Artículo 17.

“Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando lo exija evidentemente la necesidad pública, legalmente comprobada y a condición de una indemnización justa y previa”.

¹⁴³ El artículo 34 de la Constitución Francesa, de 4 de octubre de 1958, prevé que: “...La ley determinará los principios fundamentales del régimen de la propiedad...”

¹⁴⁴ Pudiera surgir la duda sobre la fuerza normativa del Preámbulo, es decir, su valor constitucional, en el entendido que se tratara, contrariamente, de una mera declaración de principios desprovista de valor jurídico. Al respecto, el Consejo Constitucional en sentencia No. 81-132 DC, de 16 de enero, 1982, reconoció el pleno valor constitucional de los principios contenidos en la Declaración de 1789, tanto en el carácter fundamental del derecho de propiedad, como lo que se refiere a las garantías otorgadas a los titulares del derecho y a las prerrogativas del poder público. En este sentido, véase a BON, Pierre, “El estatuto constitucional del derecho de propiedad”, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 175-178.

Así pues, la Constitución de Francia no delimita el contenido del derecho de propiedad, estando el legislador habilitado para fijar los principios fundamentales de dicho régimen estableciendo al efecto sus limitaciones.

En cuanto al ordenamiento Italiano, el artículo 42 de la Constitución de 1948 regula el derecho de propiedad, al establecer lo que seguidamente se indica:

“Artículo 42.

“La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a entes o a particulares.

La propiedad privada es reconocida y garantizada por la Ley, que determinará los modos de adquisición y de goce, así como sus límites, para asegurar su función social y hacerla accesible a todos.

La propiedad privada puede ser expropiada por motivos de interés general, en los casos previstos por la Ley, y mediante justiprecio.

La Ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado sobre la herencia.”

El primer párrafo consagra el dualismo propiedad pública/propiedad privada, a la vez que reconoce un sistema de económico mixto, lo cual no produce mayores problemas interpretativos. Éstos se generan a partir del análisis del párrafo segundo, que no se detiene a describir los elementos constitutivos del derecho de propiedad, ni a enumerar las facultades que tiene el titular de tal derecho, ya que sólo se dispone de una reserva de ley y la consagración de dos objetivos vinculantes para el legislador: *i)* el aseguramiento de su función social; y *ii)* garantizar la posibilidad de que los ciudadanos puedan alcanzar libremente la condición de propietarios.

En efecto, la fórmula empleada en el párrafo segundo es muy amplia que concede al legislador ordinario un poder global y no delimitado en la configuración del contenido del derecho de propiedad, que le permite reconocer y garantizar la propiedad privada, así como determinar los modos de adquirirla, las formas de goce y sus límites, sin fijar el quicio a partir del cual la acción normativa deviene en ilícita, lo cual, en todo caso, pareciera estar concordado con el principio de función social¹⁴⁵.

b) Situación en Venezuela.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en el artículo 115, consagra el derecho de propiedad en los términos que se expresan seguidamente:

“Artículo 115.

Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de

¹⁴⁵ Sobre el particular, véase a: RODOTA, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, editorial Civitas, Madrid, 1987, pp. 397-408; de igual manera, obsérvese a: CARTEI, Gian Franco, “La propiedad en la Constitución Italiana”, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 202-205; igualmente, confróntese a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La garantía constitucional...ob. cit., p. 3050.

bienes”.

Como puede observarse, la Constitución de Venezuela no reconoce expresamente la propiedad privada; sin embargo, la propiedad, como derecho real, tiene los mismos atributos según se trate de propiedad privada o pública. Además, la Constitución no es indiferente a la propiedad privada, sino que, por el contrario, la existencia de ésta es consecuencia directa de la libertad general del ciudadano reconocida en la misma Constitución en el artículo 20¹⁴⁶. Así pues, en razón de esa libertad que goza todo ciudadano, puede ser titular del derecho de propiedad consagrado en el artículo 115 citado¹⁴⁷.

El Texto Fundamental Venezolano, ubica sistemáticamente al derecho de propiedad en el Título III (*“De los derechos humanos y garantías, y de los deberes”*), Capítulo VII (*“De los derechos económicos”*), esto es, un derecho asociado a la libertad de empresa (prevista en el artículo 112 de la Constitución), por tanto inherente a toda actividad económica. En efecto, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ sostiene que la Constitución de 1999 establece un sistema económico de respeto a la acción individual, fundado en el mercado, a través de varios principios (arts. 112, 113, 115 y 117), siendo uno de ellos, precisamente, la propiedad privada¹⁴⁸. En este sentido, se entiende que el referido artículo 115 contiene un *“reconocimiento/garantía”*¹⁴⁹, que no

¹⁴⁶ Este artículo establece: *“Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”*.

¹⁴⁷ Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación en el derecho administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2014, p. 34.

¹⁴⁸ Cfr. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho administrativo y Regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 49 y 51.

¹⁴⁹ Vid. VILLEGAS MORENO, José Luis, “El derecho de propiedad en la Constitución de 1999”, en PARRA ARANGUREN, Fernando y RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando (Coordinadores), *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 Años Especialización en Derecho Administrativo*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 2, Caracas, Venezuela, 2001, p. 568.

puede ser considerado ni examinado aisladamente, al estar inserto – como ya se dijo – en el título que tutela los derechos humanos, supeditado – como los demás derechos económicos – al fin de utilidad pública o interés general de la propiedad, e incorporando así, junto al puro interés individual del titular, al interés colectivo o general en la definición de cada derecho de propiedad o en la delimitación de su contenido¹⁵⁰.

Tampoco define la Constitución de Venezuela el derecho de propiedad, ni prevé un listado de los bienes que han de entenderse englobados bajo tal acepción. Sin embargo, a diferencia del artículo 33 de la Constitución Española, enumera los atributos que comprende ese derecho (uso, goce, disfrute y disposición), lo cual era materia de reserva legal en la Constitución Venezolana de 1961, brindando así mayor protección al contenido esencial del derecho.

Es importante señalar, que el artículo en cuestión no hace referencia a la función social de la propiedad. Empero, ello no desvirtúa el hecho de que la propiedad cumple una eminente función social, pues ésta se traduce en la posibilidad de afectación por parte del Estado para la satisfacción de intereses colectivos, lo cual aparece implícito en la norma al prever que la propiedad estará sometida a las *contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general y podrá ser objeto de expropiación*¹⁵¹. Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia de 24 de febrero de 2006, caso Municipio Baruta, sostuvo que *“la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva perspectiva subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste*

¹⁵⁰ Cfr. FARÍA VILLARREAL, Innés, “Las limitaciones administrativas a la Propiedad Privada en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en PARRA ARANGUREN, Fernando, *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 7, Caracas, 2002, p. 673.

¹⁵¹ Cfr. a BADELL MADRID, Rafael, Limitaciones legales al derecho de propiedad”, en PARRA ARANGUREN, Fernando, *Temas de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 96.

*subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo*¹⁵².

Sí contiene el precepto, al igual que la norma española, la garantía de la reserva legal en cuanto al establecimiento de las limitaciones al derecho de propiedad, que solo puede efectuar el legislador mediante Ley, respetando en todo caso su contenido esencial, concretizado en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, relativos al uso, goce, disfrute y disposición.

Garantiza también el artículo 115 de la Constitución Venezolana el pago de indemnización justa y oportuna en caso de expropiación, lo cual, en el ordenamiento interno resulta novedoso, toda vez que la Constitución de 1961, en este sentido, preveía en el artículo 101 el pago diferido o de forma parcial, mediante la emisión de bonos de aceptación obligatoria, lo que representaba una disminución en la garantía patrimonial del derecho de propiedad.

Todo lo anterior, pone en evidencia que el derecho de propiedad en Venezuela es un derecho subjetivo resistente al legislador desde su consagración constitucional, presentando en consecuencia una *“vertiente institucional”* en virtud de la *“función social que cada categoría de bienes sobre los que ejerce el dominio está llamado a cumplir”*, incorporando al interés general o colectivo al interés individual del titular en la definición del derecho o en la concreta delimitación de su contenido¹⁵³.

¹⁵² La referencia jurisprudencial es tomada de RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2006”, *Revista de Derecho Público*, No. 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p.87.

¹⁵³ Cfr. VILLEGAS MORENO, José Luis, “El derecho de propiedad en la Constitución de 1999”, en: PARRA ARANGUREN, Fernando y RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando (Coordinadores), *Estudios de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 570.

Por otra parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce explícitamente el rango constitucional de los tratados, pactos o convenciones que, en materia de derechos humanos, sean suscritos y ratificados por Venezuela, prevaleciendo en el orden interno en cuanto contengan normas más favorables que las establecidas por la Constitución, siendo de aplicación inmediata¹⁵⁴.

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, estatuye en su artículo 17 lo siguiente:

“Artículo 17.

- 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.*
- 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”¹⁵⁵*

Igualmente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá en 1948, establece en el artículo 23 la garantía de tal derecho, tal y como se transcribe a continuación:

¹⁵⁴ El artículo 23 del Texto Fundamental Venezolano, prevé:

“Artículo 23.

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

¹⁵⁵ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el derecho comparado”, en: *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo III, Civitas, Madrid, 2003, pp.3039 y 3040.

“Artículo 23.

Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

También, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), de 22 de noviembre de 1948, dispone en el artículo 21 como uno de los derechos civiles al derecho a la propiedad privada, como seguidamente se plasma:

“Artículo 21.

- 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*
- 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o interés general y en los casos y según las formas establecidas por la ley...”*

B. Aproximación conceptual al derecho de propiedad.

a) Situación en España.

El artículo 33 de la Constitución Española no parte de un concepto preciso de la propiedad. Ésta, si se quiere, es el agregado de todos los derechos con valor patrimonial configurados por el legislador. De hecho, en el Código Civil no se constata una noción del derecho de propiedad acorde con

el Texto Constitucional¹⁵⁶.

Ciertamente, el concepto de propiedad contenido en el Texto Fundamental es distinto al establecido en el artículo 348 del Código Civil, tal y como el Tribunal Constitucional ha señalado al expresar que la propiedad del artículo 33 de la Constitución no es una *“figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el art. 348 CC, habiéndose producido, por el contrario, una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con significado y alcance diversos”*¹⁵⁷.

En efecto, la regulación constitucional dominical invierte el sentido básico de la normativa civil. El Código Civil se erigía como “ley marco” en lo referente a la propiedad; atribuía al propietario toda facultad no excluida por el ordenamiento, bien en cuanto al goce de la cosa, bien en cuanto a la disposición del derecho. La Constitución, a diferencia, no contiene una fórmula atributiva a todos los poderes no excluidos expresamente por el ordenamiento, sino que insta del legislador que determine el contenido del derecho de propiedad en atención a su función social. Así pues, la actividad de limitación legislativa que bajo una concepción liberal burguesa era considerada como extrínseca a un contenido dominical absoluto predeterminado por el Código Civil y sin condicionamientos sobre el objeto en el que recae (considerándose comprendidas todas aquellas categorías de bienes que pueden ser objeto de ese derecho y no estén expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico), es ahora la consecuencia de las decisiones tomadas por el Legislador en virtud de la habilitación prevista en el artículo 33.2 de la Constitución¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad privada en la Constitución Española...obra citada*, p. 292.

¹⁵⁷ Cfr. STC No. 37/1987, de 20 de marzo, F.J. No. 2.

¹⁵⁸ Véase a REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad privada en la Constitución*

Lo anterior, supone una contraposición entre la limitación prevista en el Código Civil y la limitación constitucional del derecho de propiedad del artículo 33 de la Constitución. Sin embargo, la alternativa no ha de ser la de una contraposición irreductible del derecho público y el derecho privado, sino la de una postura que sea capaz de reconducir los elementos válidos de una y otra, en congruencia con el ordenamiento constitucional vigente. En efecto, la propiedad constituye una estructura jurídica general, cuyo ejercicio no es exclusivo al derecho privado, por ende, para llegar a una noción de aquella ha de entenderse que tiene un carácter de “*concepto límite*”, o también de “*concepto puente*”, entre el derecho público y el derecho privado, dadas las imbricaciones que, en el campo del Estado Social, experimentan ambos¹⁵⁹.

Debe partirse entonces, para lograr una aproximación a la noción de la propiedad privada, desde la Norma Constitucional, por su carácter integrador del resto del ordenamiento jurídico. Si la Constitución establece un contenido esencial indisponible, ya no cabe duda de su existencia. A partir de ahí, el legislador ordinario, en la regulación de cada concreto régimen de propiedad privada, habrá de indagar su concreto alcance y dimensión.

Ello podría suponer, no obstante, que en atención al artículo 33.2 de la Constitución, sólo será catalogado como derecho de propiedad el que surja de la delimitación efectuada por el legislador en razón de la función social, caso por caso.

No debe ser así. El hecho que la Constitución exija del legislador delimitar el derecho de propiedad en virtud de la noción de función social, no supone que tal delimitación ha de ser efectuada sobre todos los bienes que pueda abarcar el derecho de propiedad. Efectivamente, el Tribunal Constitucional estableció en su sentencia No. 204/2004, del 18 de

Española...obra citada, pp. 292 y 293; asimismo, a GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, pp. 42-45.

¹⁵⁹ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La propiedad constitucional...obra citada*, p. 94

noviembre, F.J. No. 5, que el derecho de propiedad privada “...*puede recaer en la actualidad, y por lo que aquí interesa, como se infiere de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 3 del art. 33 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos, en este caso los del titular de la cuenta corriente sobre su saldo...*”. Así, la delimitación sólo deberá efectuarse cuando la noción de función social lo exija; por ende, “*la limitación prevista en el artículo 348 del Código Civil, en tanto reconocedora del derecho de propiedad, tendrá plena vigencia para aquellos supuestos en los cuales el derecho de propiedad no se encuentra delimitado por la Ley*”¹⁶⁰.

Además, la norma constitucional en el artículo 53.1, vincula a todos los poderes públicos y hace referencia al respeto y salvaguarda del contenido esencial del derecho de propiedad, lo que supone un común denominador de este derecho. Igualmente, la pervivencia de un contenido sustantivo inquebrantable incluso por el legislador ordinario, resulta perfectamente compatible con los diversos estatutos jurídicos de la propiedad. No existe más común denominador o contenido apriorístico que el que se desprende del régimen constitucional: el contenido esencial de la propiedad¹⁶¹.

La propiedad constitucional, de esta forma, es una propiedad positiva, eficaz, con plenos efectos, ya que su régimen está determinado por la Constitución cuando la reconoce en el artículo 33.1, cuyo contenido podrá ser delimitado por el legislador cuando la noción de la función social así lo requiera, quién no tiene un poder ilimitado, sino que, por una parte, se encuentra vinculado por la propia garantía de la propiedad (art. 33.1 CE), cuál es, su *utilidad privada*; y de otro lado, debe ponderar el ámbito del particular con las exigencias de la comunidad en razón de la función social que delimita el contenido del derecho de propiedad privada.

¹⁶⁰ Véase al respecto a GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, p. 54.

¹⁶¹ Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La propiedad constitucional...citada*, p. 103, nota 78.

b) Situación en Venezuela

Tampoco en el caso venezolano la Constitución define concretamente el derecho de propiedad, aunque, a diferencia de la Constitución Española establece los atributos del derecho, como lo son el uso, goce y disfrute por parte de la persona.¹⁶²

Obsérvese que, en consonancia con la situación de España, la noción goza de gran amplitud, toda vez que abarca a cualquier categoría de bienes que pueda ser susceptible del derecho.

También en coincidencia con el caso Español, de la técnica empleada en el artículo 115 de la Constitución Venezolana, como bien apunta GARCÍA SOTO, *“se desprenden contenidos propios de la concepción del orden liberal burgués del derecho de propiedad, como de los contenidos que se derivan de la cláusula del Estado Social, tal y como puede verificarse del estudio de la evolución del derecho de propiedad en la historia constitucional de Venezuela”*¹⁶³.

Es preciso señalar, que la Constitución no hace referencia expresa a la propiedad privada, pudiendo ser ejercitado el derecho contemplado en ese artículo 115, tanto por el Estado como por los ciudadanos, a partir de la distinción entre propiedad pública y privada que efectúa el artículo 538 del Código Civil. Ello no implica que la Constitución sea indiferente a la propiedad privada, pues, ella es consecuencia de la libertad general de la

¹⁶² El Código Civil Venezolano, en el artículo 545, consagra el derecho de propiedad en los términos siguientes:

“Artículo 545. *La propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley”.*

¹⁶³ Véase a GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, p. 62.

persona, lo cual es reconocido en el artículo 20 del Texto Fundamental, y en consecuencia, cualquier ciudadano puede ser titular del derecho de propiedad previsto en el artículo 115 de la Norma Suprema. Ello conlleva a la conclusión, en principio, que de acuerdo a la Constitución, la propiedad privada *“es un derecho constitucional anclado en la libertad general del ciudadano”*¹⁶⁴.

Es preciso notar, también, que la cláusula del artículo 115 de la Constitución de 1999 no alude a la noción de función social como fundamento para limitar el derecho de propiedad, sino que para ello utiliza la expresión de *“utilidad pública o de interés general”*. Esto no comporta mayores implicaciones en tanto que se entiende como una expresión de la cláusula general del Estado Social que propugna el texto constitucional. Será entonces esa noción de *“utilidad pública o de interés general”* la empleada para efectuar limitaciones al derecho de propiedad en el caso venezolano.

Si bien la redacción es similar a la contenida en el Código Civil, éste no somete a la propiedad privada a las limitaciones fundadas en causa de utilidad pública o de interés general, ya que la noción recogida en el Código Civil alude al derecho de usar, gozar y disponer del bien de manera exclusiva.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia en la citada sentencia del caso *“Municipio Baruta”*, de fecha 24 de febrero de 2006, ha dejado precisada la necesidad de reconducir la noción de la propiedad privada a una distinta del tipo abstracto que se recoge en el Código Civil, ya que si bien la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre las cosas, también, y de manera simultánea, como un conjunto de deberes y obligaciones

¹⁶⁴ Véase sobre el particular a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano...citada*, pp. 34 y 35.

establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, comprendidos en la noción de utilidad social o interés general, que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir, debiendo entonces rechazarse la idea de que la previsión legal de restricciones a las tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición, o la imposición de deberes positivos al propietario, hacen irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito, toda vez que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses que la propia Constitución tutela.

En este sentido, debe entonces entenderse, que la garantía del derecho de propiedad tiene plena vigencia aún cuando el legislador no haya establecido alguna limitación al respecto. De igual manera, el contenido del artículo 545 del Código Civil tendrá plena vigencia para todos aquellos bienes que no sean sometidos a las contribuciones, restricciones y obligaciones que pueda establecer el legislador con fines de utilidad pública o de interés general. Por ende, el derecho de propiedad, a la luz del ordenamiento venezolano, también *“es un derecho positivo, plenamente válido y eficaz en sí mismo, con independencia de que el legislador haya o no establecido una contribución, restricción u obligación sobre su contenido, a partir de algún fin de utilidad pública o de interés general”*, que, de cualquier modo, integran la definición de ese derecho conforme prevé la Constitución¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Véase al respecto a GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, pp. 66 y 67.

C. Naturaleza jurídica del derecho de propiedad. *¿Derecho fundamental o derecho subjetivo debilitado?*

a) Situación en España.

A partir del lugar del artículo 33 en la arquitectura sistemática de la Constitución Española <<Sección 2ª (*“De los derechos y deberes de los ciudadano”*) del Capítulo Segundo (*“Derechos y libertades”*) del Título I (*“De los derechos y libertades fundamentales”*)>>, y su trato diferenciado respecto de los derechos y libertades contenidos en la Sección 1ª (*“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”*), se dio lugar a un *“amplio debate en la doctrina”*¹⁶⁶, para dilucidar si el tratamiento de *“derechos fundamentales”* comprende a todos los del Capítulo II, o, por el contrario, sólo a los de la Sección 1ª, partiendo del entendido de que la Constitución, al reseñar el catálogo de derechos y deberes del Título I (*“De los derechos y libertades fundamentales”*), se plantea *“una determinación ordenada que obedece a tal criterio”*¹⁶⁷; es decir, que todos los derechos ahí proclamados han de ser catalogados como fundamentales, que - como ya tuvimos oportunidad de abordar en el Capítulo I de esta investigación - encarnan los valores básicos de la democracia constitucional.

En efecto, los diferentes procedimientos empleados para clasificar las libertades y derechos en los textos constitucionales responden con frecuencia a criterios *“teleológicos”* (debido a la finalidad perseguida por los derechos), *“materiales”* (por el *“objeto, contenido o modalidades de ejercicio de los mismos”*), y *“formales”* (en razón de los mecanismos de garantía

¹⁶⁶ Vid. Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...obra citada*, p. 58

¹⁶⁷ Cfr. Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos...ya citada*, p. 158

empleados para su tutela); de ahí que, en principio, se pueda entender que el sistema clasificatorio de la Constitución atiende a un criterio material, ya que las subdivisiones del Título I se encuentran inspiradas en el clásico reparto por razón de su objeto, de su contenido y sus formas de ejercicio, diferencia a los derechos personales, civiles y políticos (Capítulo II del Título I), de los derechos económicos, sociales y culturales (Capítulo III *“Principios rectores de la política social y económica”*)¹⁶⁸.

Sin embargo, como advierte DíEZ-PICAZO, no todo lo contenido en el Título I es técnicamente calificable de derecho subjetivo, al estar presentes, también, deberes a los ciudadanos, así como la garantía de existencia de instituciones, lo que denota la *“ausencia de un régimen jurídico uniforme”*¹⁶⁹; aún más, y es que ni siquiera todo lo que está previsto en la Sección 1º son derechos fundamentales¹⁷⁰.

Se dirá entonces que la Constitución *“resiente de una acusada complejidad; ofrece un paradigma de complejidad que hace muy difícil su elaboración sistemática, lo que, sin embargo, no puede conducir a pensar que la sistemática constitucional sea arbitraria o casual”*¹⁷¹, sino que no obedece a un *“sistema clasificatorio material sino formal”*¹⁷². Y es que, en efecto, *“la regulación española de los derechos fundamentales se caracteriza por su especial densidad, por lo intensivo de sus fórmulas, por las reiteradas exigencias, por ser un sistema sin duda, espeso y concentrado”*¹⁷³.

¹⁶⁸ Al respecto, véase a PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos...ya citada*, p.159.

¹⁶⁹ Vid. DíEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema...obra citada*, pp. 49 y 57. Sobre el particular, PÉREZ LUÑO afirma que *“la sistemática empleada no ha sido”*, precisamente, *“un dechado de claridad y vigor”*. Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio E, *Los derechos...Ibidem*

¹⁷⁰ Sobre el particular consúltese a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 83-87.

¹⁷¹ Véase a PÉREZ LUÑO, Antonio E, *Los derechos..., ya citada*, p, 162.

¹⁷² Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...obra citada*, p. 122.

¹⁷³ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Régimen constitucional de los derechos

En este sentido, la doctrina coincide en que la clave del precepto en esta materia sea el artículo 53 de la Constitución, ya que no diseña un régimen jurídico uniforme para todos los derechos proclamados en el Título I de la Constitución, sino que distingue tres grupos a los que dota de diferentes garantías; el primero de ellos, comprende los derechos reconocidos en la Sección 1º, los cuales gozan de las garantías previstas en los números 1 y 2 del citado artículo 53; un segundo grupo, en el que se incluyen a los demás derechos previstos en la Sección 2º, cuya protección alcanza a la garantía consagrada en el número 1 de ese artículo 53; y un último grupo, en el cual están comprendidos los principios rectores de la política social y económica agrupados en el Capítulo III (más que genuinos derechos recogen directrices al legislador), y que sólo pueden ser invocados de conformidad con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, conforme lo pauta el número 3 del tantas veces mencionado artículo 53 de la Constitución Española¹⁷⁴.

Se destaca entonces de lo anterior, un elemento común a las categorías consagradas en el Capítulo II, Sección 1 y 2, que viene dado por el número 1 del artículo 53 constitucional, cuál es, la vinculación de todos los poderes públicos y la reserva de ley (en caso de regulación que incida en esos derechos), con respeto de su contenido esencial; añadiendo a ello, la garantía extendida para todos los derechos del Capítulo II, relativa a la prohibición de emplear decretos-leyes en su regulación, según dictaminó el Tribunal Constitucional en las sentencias Nos. 111/1983, 182/1997, entre otras. La diferenciación, por consiguiente, estriba en el número 2 del artículo 53 de la Constitución, que comprende sólo a los previstos en la Sección 1º, consistente en la protección judicial reforzada mediante un procedimiento

fundamentales”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos...ob. cit.*, p 21.

¹⁷⁴ Véase al respecto a: Díez-PICAZO, Luis María, *Sistema...obra citada*, pp. 57-62; PÉREZ LUÑO, Antonio E, *Los derechos..., ya citada*, p, 162; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos...ob. cit.*, p. 26;

preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, así como el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional¹⁷⁵.

Por otra parte, la diferenciación en el tratamiento de los derechos del Capítulo II se encuentra también en el hecho de que, cualquier modificación de la Sección 1º, debe hacerse mediante el procedimiento agravado de revisión constitucional previsto en el artículo 168 de la Constitución, mientras que, en el caso de la Sección 2º, rige el procedimiento ordinario de reforma constitucional a que se contrae el artículo 167 *eiusdem*. Pero además, conforme a reiterada y prolífica jurisprudencia, sólo a los derechos de la Sección 1º le es extendida la garantía de reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81 del Texto Fundamental.

Lo anterior (reserva de ley orgánica y procedimiento agravado de revisión constitucional), denota la importancia axiológica que el constituyente español otorgó a los derechos de la Sección 1º, lo que, ciertamente, se constata de la protección judicial reforzada que les reviste de idoneidad para hacerlos valer por sus titulares ante los tribunales. Como anota MARTÍN-RETORTILLO¹⁷⁶, esos espacios son *“la traducción de significativas reglas de reparto de funciones constitucionales, de atribución de competencias, de barreras o de límites, de manera que se llame a determinados órganos constitucionales en detrimento de otros, que se dé vía libre a algún poder para relegar a otro...son el reflejo del complejo e intencionado juego de reparto de papeles que es uno de los cometidos centrales de toda Constitución”*.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la naturaleza del derecho de propiedad, dada su ubicación sistemática en el

¹⁷⁵ Cfr. Díez-Picazo, Luis María, *Sistema...obra citada*, p. 58.

¹⁷⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos...ob. cit.*, p. 25.

Texto Fundamental, a partir de la sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, con ocasión del Real Decreto-Ley de expropiación del grupo de empresas RUMASA, ratificada básicamente en las decisiones 166/1986, de 19 de diciembre; 37/1987, de 26 de marzo, 67/1988, de 18 de abril; y 227/1988, de 29 de noviembre, entre otras; ha establecido su doctrina jurisprudencial caracterizando el derecho de propiedad como un “*derecho subjetivo debilitado*”, en razón de las consideraciones que se apuntan resumidamente: i) frente a las expropiaciones que no respeten las garantías del número 3 del artículo 33 de la Constitución, el derecho de propiedad y sus garantías (incluidos los límites de la expropiación), no son susceptibles de la protección constitucional del recurso de amparo consagrada en el artículo 53.2 de la Constitución; ii) si bien el constituyente no estimó la necesidad de prever dicho derecho con sus garantías en la esfera de defensa reforzada que el citado artículo 53.2 Constitucional reconoció a puntuales derechos y libertades fundamentales, ello no implica que estuviere desprotegido, toda vez que se encargó a los tribunales ordinarios su efectiva tutela; y iii) que al no ser susceptible de la protección constitucional del recurso de amparo, reservada a los derechos y libertades fundamentales, debe considerarse al derecho subjetivo de propiedad como una “*garantía debilitada*”, ya que “*cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad, concretado en los conceptos de utilidad pública o interés social, legitiman la expropiación*”¹⁷⁷.

En consonancia con lo anterior, se ha sostenido desde un lugar de la doctrina que la Constitución, si bien reconoce y garantiza el derecho de propiedad, también lo somete al interés general, lo cual es posible - justamente - porque la propiedad aparece reconocida no como un derecho

¹⁷⁷ Véase a: PAREJO ALFONSO, Luciano, “Algunas consideraciones del derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en: PARRA ARANGUREN, Fernando y RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando (Coordinadores), *Estudios...loc.cit.*, p. 283; de igual forma, a: REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...ob.cit.*, p. 199.

fundamental, y por ende dotado de la máxima protección constitucional (tutela reforzada prevista en el art. 53.2 CE), sino sólo como derecho constitucional simple o debilitado, al que alcanza únicamente la protección general dispensada por la Norma Fundamental a los derechos por ella establecidos (la contemplada en el art. 53.1). Este debilitamiento se explica en razón de la doble valencia que le es reconocida al derecho de derecho de propiedad, concretamente, en su vertiente subjetiva (garantía de la propiedad en concreto), a la que alude el artículo 33.3 CE, que comprende sólo situaciones constituidas como verdaderos derechos subjetivos, y que se ofrece debilitada por cuanto el derecho garantizado *“cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad – el interés general concretado por referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social – legitima la expropiación”*¹⁷⁸.

Otro sector de la doctrina ha dicho, por el contrario, que la *“circunstancia de que el derecho de propiedad y las garantías de la expropiación no sean susceptibles de protección a través del recurso de amparo constitucional, no permite negar a aquel derecho el carácter de derecho fundamental que le corresponde desde la perspectiva de la Historia del constitucionalismo (incluso, de la Historia de las ideas), del Derecho comparado y de los tratados internacionales ratificados por España”*¹⁷⁹. En este sentido, se afirma que el derecho a la propiedad privada, en su contexto histórico, surgió como prohibición de incautación; sólo más adelante, cuando el intervencionismo estatal en la economía condujo a regulaciones

¹⁷⁸ Confróntese sobre el particular a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho administrativo*, editorial Ariel, Barcelona, 2003, pp. 514-520; asimismo, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, editorial Civitas, Madrid, 1983, p. 79; de igual forma, a MOREU BALLALONGA, José Luis, “Límites constitucionales a la publicación de la propiedad privada”, en *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 235-239.

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Las garantías constitucionales de la propiedad y la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, No. 177, 2008, pp. 164 y 165.

restrictivas de la propiedad privada, llegó a ser un tope a la libertad del legislador a la hora de diseñar los regímenes jurídicos de los bienes¹⁸⁰.

Sobre el carácter de derecho subjetivo debilitado adoptado por el Tribunal Constitucional, se le critica por considerar que degrada o debilita la propiedad privada, además de no resultar esa teoría aplicable a España al ser una noción importada de la doctrina italiana (RANELLETTI) bajo el concepto de *“diritto affievolito”*, siendo en el ordenamiento italiano donde tiene algún sentido en razón de la distinción que allí se efectúa entre derechos subjetivos e intereses legítimos, situándose tal teoría de los derechos debilitados en el contexto procesal para explicar ciertas situaciones límite entre los derechos subjetivos y los intereses legítimos¹⁸¹.

A los anteriores argumentos se le añade, que la fundamentalidad de los derechos del Título I, contenidos en ambas secciones del Capítulo II, deriva del número 1 del artículo 53 constitucional; vale decir, derechos resistentes en su contenido esencial a la acción legislativa, y que, por tanto, tal carácter no puede considerarse dependiente de las consecuencias jurídicas derivadas de la ubicación sistemática del derecho de propiedad en el Texto Constitucional. Así, el sector doctrinario en cuestión sostiene, que lo característico de los derechos fundamentales, sea cuál sea su designación formal, es su resistencia al legislador a través de la garantía de su contenido esencial, tutelable judicialmente, de manera que la limitación normativa no sea el *“simple resultado de la valoración legislativa sobre lo que resulte apropiado para la valoración del llamado <<interés general>>”*, todo lo cual se haya comprendido en el número 1 del artículo 53 de la Constitución¹⁸². El derecho fundamental a la propiedad, entonces, constituye un valor superior del ordenamiento jurídico, teniendo el Estado la obligación - no sólo de evitar

¹⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema...loc.cit*, pp. 504-507.

¹⁸¹ Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...obra citada*, pp. 199 y 200.

¹⁸² Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 17-27.

su lesión - sino de crear las condiciones para que su ejercicio sea eficaz¹⁸³. En efecto, el derecho de propiedad privada guarda relación directa con la dignidad personal, con la libertad y la igualdad; de ahí que tenga reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pudiendo tutelarse ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos¹⁸⁴.

En esta línea argumental, CRUZ VILLALÓN expresa que *“no hay un contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales individualmente considerados, sino también habría un contenido esencial de los derechos fundamentales en su conjunto, como categoría, integrado por una vertiente material y una vertiente formal”*. En su óptica material, los derechos fundamentales *“son aquéllos considerados como tales en la conciencia y cultura jurídicas en las que se inserta el Estado Constitucional Español”*, concepto bajo el cual viene operando el Tribunal Constitucional de Justicia de las Comunidades Europeas. En su perspectiva formal, estaría compuesto por un elemento genérico, normal en todo derecho: *“la tutela judicial”*, ya que, sin la posibilidad de su satisfacción, no cabe hablar de la existencia jurídica de derechos ni, en consecuencia, de derechos fundamentales; y otro elemento específicamente cualificador: la vinculación efectiva de todos los poderes públicos, particularmente manifestada en la indisponibilidad para el legislador de su contenido esencial, lo cual, es lo que verdaderamente proporciona su fundamentalidad¹⁸⁵.

Por su parte, BARNÉS considera acertada la posición doctrinal que identifica a los derechos fundamentales con aquéllos comprendidos en la referida Sección 1º, Capítulo II, Título I de la Constitución; esto es, los

¹⁸³ Vid. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994, p. 247.

¹⁸⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...citada*, p. 141.

¹⁸⁵ Cfr. CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El legislador de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ PINA, Antonio (Director), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991, p. 127; asimismo a: REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...loc.cit*, pp. 138 y 139.

derechos regulados entre los artículos 15 al 29, con lo cual, el derecho de propiedad carece del carácter de “fundamental”, por lo que su forma jurídica de desarrollo no está reservada a la ley orgánica (art. 81 CE), y no es objeto de la protección a través del recurso de amparo ordinario ni constitucional (art. 53.2 CE), tal y como ha expresado la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional de fechas 18 de mayo de 1981 y 10 de julio de 1981. Sin embargo, para el comentado autor, una vez reconocida la protección constitucional derivada del artículo 53 de la Constitución, “*la polémica deviene en intrascendente*”, puesto que de la consideración como derecho fundamental o no de la propiedad constitucional no se derivan mayores consecuencias, más allá de la diferencia de que, entre los de la sección 1º y los de la sección 2º, estos últimos no cuentan para su defensa con el remedio procesal del amparo¹⁸⁶.

Vistas unas y otras posiciones, como también lo señalado por la jurisprudencia, en nuestra opinión, debido a la diferenciación que sobre los derechos es efectuada por la Constitución, la cual es formal y no material, no puede considerarse el derecho de propiedad privada como un derecho fundamental, ya que entendemos que la intención del constituyente al realizar tal distinción radica en el grado de garantías reconocidas a cada uno de los derechos, cuyo ejercicio, en atención de su ubicación, puede contar con distintas posibilidades de protección, tal y como se desprende de los supuestos previstos en el artículo 53 del Texto Fundamental.

No obstante, es necesario aclarar, que esta posición por parte nuestra se circunscribe únicamente a la concreta diferenciación que contiene la Constitución Española sobre los distintos derechos consagrados en el citado Título I, toda vez que el propio Texto Constitucional reconoce la fuerza normativa que en el ordenamiento jurídico español tienen las normas

¹⁸⁶ Véase a BARNÉS, Javier, *La propiedad constitucional...obra citada*, pp. 117 y 118.

establecidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como en los demás los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, tal y como prevén los artículos 9.1, 10.2 y 96.1 de la Constitución; instrumentos en los cuales, el derecho de propiedad, es reconocido como un derecho fundamental.

De igual forma, debemos precisar, en cuanto al carácter de “*derecho subjetivo debilitado*” que sobre el derecho de propiedad ha sido declarado por el Tribunal Constitucional, que no compartimos tal posición, puesto que, en nuestra opinión, el derecho de propiedad no requiere de subordinación a interés público alguno para surtir plenos efectos, ya que existe previamente a ello tal y como se desprende del contenido del artículo 33.1 de la Constitución; tampoco, dicho derecho se extingue totalmente en los supuestos expropiatorios, ya que, en las palabras del propio Tribunal, “*cede para convertirse en un equivalente económico*”, lo que quiere decir que la expropiación “*destruye el derecho de propiedad, pero construye el derecho a la indemnización*”¹⁸⁷. En consecuencia, se trata de un derecho totalmente legítimo y con vigor propio, no estando sujeto al interés público para surtir todos sus efectos.

b) Situación en Venezuela.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a diferencia de la Constitución Española, al formular el catálogo de derechos no hace diferencias entre los derechos reconocidos. Alude sin uniformidad a las denominaciones “*derechos humanos*”; “*derechos fundamentales*”; “*derechos*

¹⁸⁷ Vid. GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, pp. 83-87.

y *garantías constitucionales*"; "*derechos constitucionales*"; o a la de "*derechos garantizados por la Constitución*". Tales derechos pueden dividirse en cuatro grupos: *i*) los consagrados en el Título III ("De los derechos humanos y garantías, y de los deberes); *ii*) los reconocidos fuera de este Título, pero están en el texto constitucional, *iii*) los proclamados en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados válidamente por la República (art. 23 CRBV), y *iv*) los inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en dichos tratados (art. 22 CRBV). En este sentido, todos estos derechos gozan de los rasgos característicos de los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el derecho de propiedad¹⁸⁸.

De esta manera, a los efectos de la Constitución Venezolana, el derecho de propiedad es un derecho fundamental.

Sin embargo, algún sector de la doctrina considera que, en los términos previstos constitucionalmente, el derecho de propiedad no es un derecho fundamental, al encontrarse incluido, conforme la tradición de la Constitución de 1961, entre los derechos económicos, por tanto, subordinado a los intereses generales y regulado por la ley, lo que lo hace quedar como un *derecho constitucional menor*¹⁸⁹. Por otra parte, tomando una posición coincidente al Tribunal Constitucional de España, este sector asume la tesis sobre el derecho de propiedad como "*derecho subjetivo debilitado*", ya que "*en el sistema constitucional cede cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación*"¹⁹⁰. En sentido similar se dirá, que la Constitución al garantizar, pero no reconocer, el derecho de propiedad, lo excluye del amplio grupo de

¹⁸⁸ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Legis, Caracas, 2010, p. 21.

¹⁸⁹ VILLEGAS MORENO, José Luis, en "El derecho de propiedad en la Constitución de 1999", en: PARRA ARANGUREN, Fernando y RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando (Coordinadores), *Estudios de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 568 y 569.

¹⁹⁰ Véase a VILLEGAS MORENO, José Luis, en "El derecho de propiedad en la Constitución de 1999" *...obra citada*, p. 578.

derechos inherentes al ser humano, quedando como un “*derecho fundamental relativo*”¹⁹¹.

Sobre esta concepción de la noción de función social del derecho de propiedad, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la sentencia del 27 de octubre de 2000, se ha pronunciado al señalar que:

*“efectivamente la Constitución de la República garantiza el derecho a la propiedad, pero de ninguna manera como un derecho absoluto sino relativo, con las limitaciones legales, dada la función social de la propiedad que la somete a las restricciones, contribuciones y obligaciones que establezca la Ley”*¹⁹².

En sentido similar, la misma Sala Constitucional, en sentencia de 13 de julio de 2011, ha aludido a esta noción relativizada al señalar que:

*“la Carta Marga se contextualiza con la doctrina ecléctica del constitucionalismo moderno que concibe a la propiedad como un derecho patrimonial subjetivo, pero que igualmente, reconoce la promoción social del mismo y, por tanto, un perfil relativizado que lo hace susceptible de limitaciones tales como contribuciones, restricciones u obligaciones que desde el punto de vista formal obedecen al principio de reserva legal y, sustancialmente, responden a razones de utilidad pública o de interés general”*¹⁹³.

¹⁹¹ Cfr. FARÍA VILLAREAL, Innes, “Las limitaciones administrativas a la propiedad privada en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 7, Caracas, 2002, pp. 672 y 673.

¹⁹² Cfr. GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, p. 98.

¹⁹³ Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación...obra citada*, p. 32

Al respecto, GARCÍA SOTO considera irrelevante efectuar una diferenciación así, ya que en Venezuela los derechos consagrados en la Constitución, entre los que está el derecho de propiedad, tienen el carácter de fundamentales, por lo cual dicho derecho es *“plenamente válido y eficaz”*; además, el hecho de que sea susceptible de expropiación, no implica que sea un *“derecho debilitado”*, ya que el artículo 115 Constitucional establece que tal derecho no se desvanece ante la expropiación, pues *“cede ante el supuesto expropiatorio, pero para convertirse en la correspondiente indemnización”*. Así, la expropiación en Venezuela extingue el derecho de propiedad, y paralelamente da nacimiento al derecho a ser indemnizado. Adicionalmente, si bien el derecho de propiedad está subordinado *“a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”*, su accionar no está sometido a ello, no pudiendo concluirse que se trate de algún derecho *“menor”* o *“relativo”*, toda vez que la garantía establecida en el citado precepto constitucional demanda su resguardo, a pesar de que sea limitado por el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, o expropiado¹⁹⁴.

En efecto, la propiedad privada es un medio esencial para cubrir necesidades vitales¹⁹⁵; es un derecho constitucional y un derecho fundamental, inherente a la persona humana, reconocido en los Tratados Internacionales que, sobre la materia de derechos humanos, ha suscrito Venezuela, por lo que debe ser entendido a partir de la libertad general del ciudadano¹⁹⁶. En este sentido, conforme el artículo 115 de la Constitución, la propiedad sólo podrá ser susceptible de restricciones, limitaciones o contribuciones que estén establecidas en la Ley, en virtud de alguna finalidad

¹⁹⁴ Vid. GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, p. 97.

¹⁹⁵ RAFFALLI A., Juan M., “La afectación del derecho de propiedad mediante Decretos-Leyes dictados en Ejercicio de Leyes Habilitantes, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Estudios de Derecho Civil. Libro homenaje a José Luis Aguilar Gorron dona*, Volumen II, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 5, Caracas, 2002, pp. 315 y 316.

¹⁹⁶ Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación...obra citada*, pp. 38 y 39.

de “*utilidad pública o interés general*”; limitaciones o restricciones que, en razón de la función social del derecho de propiedad, no pueden suponer la privación de ese derecho, pues, “*una cosa es la que la propiedad privada tenga una función social y otra muy diferente es que sea una función social*”¹⁹⁷. En la limitación del derecho de propiedad debe respetarse su contenido esencial, definido como el núcleo duro que establece los atributos que - como mínimo - deben caracterizar su ejercicio; limitación que, además, debe ser consecuencia con el principio de menor intervención y la regla general de proporcionalidad, lo que exige el deber de motivar suficientemente las razones objetivas que obedecen a la limitación del derecho, adecuadas al fin perseguido¹⁹⁸.

Así, por más que se tenga la potestad de regular el derecho de propiedad, ello no conduce a poner en duda su carácter de derecho fundamental tal y como está pautado en el mencionado artículo 115, que atribuye a las personas la potestad o la capacidad de ser propietarios; de tener el potencial para acceder a la propiedad sobre los bienes o derechos patrimoniales; de gozar y disfrutar de los mismos, sin contrariar la función social declarada en las leyes a la que debe servir cada uno (regulaciones legales); de mantener su titularidad libremente en el tiempo, pudiendo disponer libremente de ellos, a menos que se vea forzado a desprenderse de ellos en beneficio del interés general, con la garantía plena, en este caso, de una compensación monetaria, justa y oportuna¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Cfr. BADELL MADRID, Rafael, “Limitaciones legales al derecho de propiedad”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 7, Caracas, 2002, pp. 96 y 97.

¹⁹⁸ Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación...obra citada*, pp. 39 y 40.

¹⁹⁹ Cfr. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental a la propiedad en la Venezuela actual)*, FUNEDA-UCAB, Caracas, 2009, pp. 25 y 26.

CANOVA GONZÁLEZ, al analizar el derecho de propiedad, no duda en calificarlo como derecho fundamental, de “*carácter absoluto*” en cuanto a su esencia se refiere (el núcleo duro o contenido esencial), que no es más que el derecho fundamental en sí mismo, “*sagrado e inviolable*”. En este sentido, expresa que la expropiación no es una potestad que permita violar o sacrificar la propiedad privada, sino una garantía de las personas, para impedir que cualquier invocación del interés general sea capaz de destruir el derecho de propiedad privada. De ahí que, según el mencionado autor, para que pueda decretarse una expropiación es indispensable que por ley formal, de modo general y abstracto y nunca singular y concreto, se haya declarado un fin especial de utilidad pública o interés general (no cualquier interés general, pues) que permita adquirir forzosamente propiedades privadas. Luego, que sea declarada una necesidad comprobada de afectar algún bien particular para alcanzar tales fines generales establecidos en las leyes. Además, todo ello ha de ser verificado por tribunales imparciales, para resolver si efectivamente existe tal necesidad, si está justificada, si no hay otros medios menos gravosos, si el requerimiento es proporcional, y que así sea decidido por sentencia definitivamente firme luego de un proceso contradictorio en el que participen todas las partes interesadas. Tal expropiación, tampoco puede afectar patrimonialmente al propietario, debiendo fijarse en el proceso judicial el monto de una compensación justa, que necesariamente ha de ser pagado antes de que ocurra la traslación de la propiedad privada al ente estatal²⁰⁰.

En razón de lo anterior, sostiene que la expropiación es un testimonio contrario a que la propiedad es un derecho claudicante o debilitado; más bien, avala que se trata de un derecho fundamental y reforzado, al extremo que requiere ante cualquier acto público que lo afecte de intervención judicial

²⁰⁰ CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, “El papel de la propiedad privada en el derecho”. *Enfoques actuales sobre derecho y libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013.

previa, lo que es una “*peculiaridad*” en los países de Derecho Administrativo²⁰¹.

De este manera, la jerarquía de la propiedad privada es tal que es de los pocos derechos que la Administración no puede afectar sin base en ley formal y, en concreto, sin haber iniciado ella misma un juicio y recibir la conformidad judicial por sentencia firme. La propiedad privada, así pues, es el freno por excelencia de la autotutela administrativa o la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, que viene a ser el privilegio por excelencia y general que arroja a la Administración Pública para actuar con eficiencia en procura del interés general. Ningún otro derecho, de los que todos admiten generalmente como fundamentales, cuenta con esa virtualidad de frenar el privilegio de autotutela administrativa en los países de Derecho Administrativo²⁰².

Además de todo ello, vale recordar que todos los derechos fundamentales cuentan con la garantía de la reserva legal, por lo que solo la ley puede desarrollarlo y, en ese contexto, regularlo, limitarlo y restringirlo. La reserva legal no rebaja la jerarquía de los derechos fundamentales. Ello no tiene sentido. Eliminaría tal categoría para todos. Al contrario, la reserva legal los refuerza, porque es una garantía que impide su libre tratamiento por la Administración. Este desarrollo legal de los derechos fundamentales, y sus naturales limitaciones o restricciones, no significa tampoco que estén a merced del Legislador. “*La ley formal nunca podrá afectar el contenido esencial, su núcleo duro, el derecho como tal*”²⁰³.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*.

D. Estructura del derecho de propiedad: vertiente objetiva y vertiente subjetiva.

a) Situación en España.

En el ámbito de los derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido el doble contenido jurídico-constitucional que éstos presentan. En primer lugar, son derechos subjetivos, que son reconocidos a la persona no solo por su naturaleza de tal, sino porque aseguran su posición jurídica o su esfera de libertad en el desarrollo de su vida. Por otro lado, son *“elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia justa y pacífica”*.

Son estos los términos de la sentencia 25/1981, de 14 de julio, dictada por el Tribunal Constitucional, mediante la cual reconoce el “doble carácter” que tienen los derechos fundamentales.

Así pues, este “doble carácter” se explica, por una parte, como el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales que integran la comunidad nacional, conseguido a raíz de las tensas relaciones y de los respectivos esfuerzos de cooperación orientados al logro de fines comunes; *“responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que informan a todo el ordenamiento jurídico”*²⁰⁴; representan un instituto jurídico, una figura que resume un valor asumido en el sistema jurídico de una comunidad y que se inserta con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico. *“Es la faceta objetiva del derecho, como valor positivizado con una*

²⁰⁴ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales...obra citada*, pp. 17 y 18.

*estructura compleja y con amplias ramificaciones*²⁰⁵, cuya efectividad no depende sólo de las previsiones del Constituyente, sino también “*de la configuración del ordenamiento jurídico por el Legislador y de su actuación por la Administración y los Tribunales*”²⁰⁶; comprende, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el “*fundamento del orden jurídico y de la paz social*”²⁰⁷

De otro lado, y en íntima conexión con ese primer significado, determinan el status jurídico del ciudadano, tanto en los vínculos que tengan con el Estado como aquéllos que forjen entre sí; tutelan la libertad, la autonomía y seguridad de la persona; son instrumentos de defensa de los intereses individuales²⁰⁸.

Formalizado así el instituto jurídico, el núcleo institucional genera en torno suyo una amplia esfera de titularidades subjetivas: facultades de hacer, facultades de imponer que otros hagan, o toleren; facultades de recibir una prestación; con frecuencia, poder de pedir ayuda para que no se coarten los contenidos de tales titularidades; poder, incluso, de acudir a los Tribunales de justicia en defensa de estas titularidades²⁰⁹.

En síntesis, los derechos fundamentales tienen una doble valencia. Por un lado, presentan una dimensión jurídico-individual; garantizan a sus titulares un derecho público subjetivo; son derechos de la persona. Por otro lado, están caracterizados por una dimensión institucional; implican la garantía jurídico-constitucional de ámbitos vitales regulados y conformados

²⁰⁵ Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución...op.cit.*, p. 57.

²⁰⁶ Cfr. a Díez-Picazo, Luis María, *Sistema...obra citada*, p. 56.

²⁰⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Las garantías constitucionales de la propiedad y la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española”...*obra citada*, p. 173.

²⁰⁸ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales...obra citada*, pp. 19 y 20.

²⁰⁹ Véase a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo Y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos...op.cit.*, p. 57.

con arreglo a criterios de libertad, que debido a su significación jurídico-institucional, no se dejan reducir a la relación unidimensional individuo-Estado ni tampoco se dejan fundamentar únicamente en el individuo²¹⁰.

Ello es lo que caracteriza su esencia. Ambos aspectos - el de derecho individual y el institucional - constituyen, en su conjunto, el derecho fundamental. Se fortalecen el uno al otro. Los derechos fundamentales, considerados desde el punto de vista de sus titulares, se manifiestan como derechos públicos subjetivos, y considerados a partir de las relaciones vitales, se manifiestan como institutos. Poseen una impronta personal y otra objetivo-institucional. No son conceptos contrapuestos, pues tienen un vínculo de correlación. En su dimensión institucional no se subordina ni se contrapone aisladamente a la dimensión como derecho individual; tampoco puede llevarse a una relación medio/fin; y en la vertiente jurídico-individual, *“no puede ser degradado a efecto subjetivo remoto o a mera radiación de lo objetivo-institucional”*; el individuo no puede ser rebajado a órgano de las regulaciones y las relaciones vitales supraindividuales. La institucionalización de los derechos fundamentales no va paralela a una difuminación de la libertad individual; al contrario, pretende y opera como un fortalecimiento de la libertad²¹¹.

En lo que al derecho de propiedad se refiere, reconocido en el artículo 33 de la Constitución, se ha precisado que, efectivamente, contiene dos vertientes claramente diferenciadas: una subjetiva y otra objetiva²¹².

Esta doble dimensión del derecho de propiedad ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, F.J. 8º,

²¹⁰ Al respecto, véase a HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Editorial DYKINSON, Madrid, 2003, p. 73.

²¹¹ *Ibidem*, pp. 74 y 75.

²¹² PAREJO ALFONSO, Luciano, “Algunas consideraciones del derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en: PARRA ARANGUREN, Fernando y RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando (Coordinadores), *Estudios...loc.cit.*, p. 282.

al expresar que este derecho “*contiene una doble garantía*”, ya que se reconoce desde la “*vertiente institucional*” y desde la “*vertiente individual*”, esto es, como un “*derecho subjetivo debilitado*”.

La vertiente subjetiva o “*garantía de la propiedad en concreto*”²¹³, está referida a su concepción como derecho público subjetivo, como un derecho constitucional y, como tal, un derecho de defensa o libertad; alude a un “*haz de facultades y deberes*” que integran el derecho, para cuya defensa sirve el contenido esencial que tiene por objeto hacer frente a sus eventuales desnaturalizaciones a manos del legislador²¹⁴

La vertiente objetiva o “*garantía de la propiedad en abstracto*” o como institución jurídica (propiedad como institución), deriva de la función social que cada categoría de bienes objeto de la propiedad esta llamada a cumplir, como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal²¹⁵.

De ahí que la labor de interpretación y de aplicación del precepto del artículo 33 de la Constitución, según los términos de la sentencia 37/1987, de 26 de marzo, F.J. 2º, del Tribunal Constitucional, exija la interrelación necesaria de los tres números que lo integran, estando entonces impedida su separación artificiosa, que en su conjunto - vertiente institucional y vertiente individual - vienen a determinar la naturaleza del derecho de propiedad: derecho subjetivo que “*cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación*”. Por consiguiente, el contenido esencial del dominio no puede ser determinado únicamente a partir del ámbito subjetivo del derecho, ya que debe incorporar lo que respecta a la función social que integra el derecho mismo. Tal inclusión, no

²¹³ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho...obra citada*, p. 815.

²¹⁴ Vid. BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (coordinador), *Propiedad...ob. cit.*, p. 31.

²¹⁵ Cfr. a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho, obra citada*...p. 815.

se produce de forma abstracta y general, ya que atiende a principios e intereses consagrados y protegidos constitucionalmente cuya fuerza jurídica no puede ser obviada, lo que impide entender a la propiedad como una *“figura reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil”*, toda vez que la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el aprovechamiento de los distintos bienes sobre los que puede recaer la propiedad, conlleva la diversificación dominical en una pluralidad de figuras reguladas con un alcance y significados diversos. Ello ha motivado que se venga reconociendo, con general aceptación doctrinal y jurisprudencial, la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, y que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae²¹⁶.

Es preciso señalar, también, que la caracterización de la vertiente objetiva del derecho de propiedad ha sido calificada una garantía de la propiedad como institución (garantía institucional) frente a las delimitaciones que efectúe el legislador, lo que imposibilitaría que éste suprima totalmente la *“institución”* propiedad o altere los elementos que, en cada momento, compongan los rasgos esenciales de esa institución jurídica y social²¹⁷.

Esta garantía institucional, cuya construcción dogmática se atribuye a Carl Schmitt, tiene su origen en la doctrina y jurisprudencia alemana de la época de Weimar. La Constitución de 1919 colocaba a los derechos fundamentales bajo el sólo amparo de la reserva de ley, por lo que o bien se comprendían en simples variaciones del derecho fundamental a la legalidad de la actividad administrativa (no interpelando al legislador, sino tan sólo a la administración y a los tribunales en un proceso de aplicación del derecho), o

²¹⁶ STC 37/1987, de 26 de marzo, F.J. No. 2º, en B.O.E. No. 89, de 14 de abril de 1987.

²¹⁷ Cfr. a BAÑO LEÓN, José María, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 24, 1988, p. 164.

bien se llegaba incluso a negarles eficacia jurídica. La garantía de institución nace entonces como una necesidad para corregir esa debilidad de los derechos frente al legislador. Tal garantía no se basa, a diferencia del derecho fundamental (que es anterior y superior al Estado), en la noción inicial de un ámbito ilimitado de libertad, sino que incide en una institución reconocida jurídicamente, y que, por ello, “*está circunscrita y delimitada al servicio de ciertas tareas y ciertos fines*”²¹⁸. En efecto, la garantía institucional hace referencia a instituciones recogidas en la Constitución (matrimonio, familia, autonomía local, propiedad privada, herencia, etc.), para subrayar que no se está únicamente frente a un derecho subjetivo, sino ante una realidad social y un complejo normativo formado, cuya permanencia garantiza la Constitución frente al legislador²¹⁹.

No obstante, dado el carácter jurídico - objetivo de los derechos fundamentales, se cuestiona la determinación de esa garantía de instituto en el ordenamiento español, al estar aquéllos previstos y exaltados como “*principios o valores superiores del ordenamiento jurídico*”, que exigen una eficaz actuación del Estado, al punto de tener la obligación de proveer las “*ayudas o subvenciones*” que resulten necesarias para que tales sean “*reales y efectivos*”²²⁰.

De ahí, que se formule la interrogante sobre la necesidad de conservarla si se admite sin reservas la vinculación del legislador al momento de restringir derechos fundamentales, donde el núcleo bajo el cual se subsume corrientemente la garantía de institución es protegido por la garantía de contenido esencial (art. 53. 1CE)²²¹.

En efecto, CRUZ VILLALÓN expresa al respecto, que la noción de

²¹⁸ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos fundamentales...citada*, p. 34.

²¹⁹ *Ídem*.

²²⁰ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

²²¹ Véase al respecto a: REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...obra citada*, p. 224.

garantía de institución o bien carece de sustantividad, cuando no es sino otra manera de concebir o comprender un derecho o un elemento de la estructura política; o bien carece de legitimidad constitucional, cuando lo único que se propone es elevar el rango normativo de cualesquiera contenidos no referidos ni a la estructura política ni a los derechos²²².

De esta manera, la teoría de la garantía institucional puede ser válida sólo para distinguir aquellos preceptos constitucionales que contienen una institución u organización (entes locales, universidad, etc.), sin relación directa con los derechos fundamentales, de manera que, al preverse en la norma constitucional, constituya una limitación a la libertad de configuración del legislador a la hora de regularla²²³.

BARNÉS, en este sentido, expresa que por encima del contenido normal, aquellas normas que, estando diseñadas de modo inmediato para los poderes públicos y su organización, poseen una garantía reforzada (garantía institucional), albergan un contenido institucional. Tales preceptos, más allá del mero contenido normal, se articulan, en efecto, a través de las garantías institucionales (la provincia, la autonomía universitaria). De este modo la Constitución ha asumido, en relación a aquellas normas, la preservación de la institución garantizada en términos de reconocibilidad, de manera que pueda medirse si ha quedado disuelta o no dicha institución por la remisión del legislador ordinario²²⁴.

b) Situación en Venezuela.

²²² CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 25, 1989, pp. 60 y ss.

²²³ REY MARTÍNEZ, Fernando, *Ibidem*, p. 229.

²²⁴ Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La propiedad constitucional...loc.cit.*, pp. 261 y 262.

Al igual que en caso español, en el ordenamiento jurídico venezolano se ha aceptado la vertiente objetiva y subjetiva de los derechos. En efecto, desde la vigencia de la Constitución de 1961 ya se había sostenido que el Estado podía conseguir sus fines no sólo mediante sus propios bienes, sino que igualmente podía hacerlo a través de los bienes de propiedad privada, en razón de la doble función que ésta debe cumplir: individual y social. Así, el sometimiento de la propiedad privada a la necesidad de cumplir con su función social, es lo que permite al Estado afectar bienes privados a un determinado fin público o social, con lo que se limita al propietario al ejercicio de su derecho²²⁵.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, por su parte, también ha acogido la doble valencia de los derechos por ella consagrados. Así, tal y como afirma GARCÍA SOTO, la vertiente subjetiva proviene del reconocimiento que de ellos efectúa el Texto Constitucional a sus titulares, en atención a la metodología que ésta emplea. En cuanto al carácter objetivo, éste encuentra sustento en los artículos 2, 3 y 19 del Texto Fundamental, a saber: *i)* reconocimiento de los derechos humanos y su preeminencia como valor superior de la actuación del Estado y del ordenamiento jurídico venezolano (artículo 2); *ii)* la garantía del cumplimiento de los derechos como uno de uno de sus fines esenciales (artículo 3); y *iii)* la garantía que tienen todos los ciudadanos del “*goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos*”, sin discriminación alguna y conforme al principio de progresividad (artículo 19)²²⁶.

En lo atinente al derecho de propiedad, se ha dicho en este sentido que, como todo derecho fundamental, tiene una vertiente de derecho

²²⁵ Véase al respecto a URDANETA TROCONIS, Gustavo y RUGGERI, Ana María, “Propiedad y afectación: El caso de la propiedad agraria en Venezuela”, en *Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, p. 842.

²²⁶ Confróntese sobre el particular a: GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, p. 109.

subjetivo (*“haz de facultades individuales sobre las cosas”*) y una vertiente institucional u objetiva, expresada en su condición de elemento esencial de los sistemas económicos constitucionales en los que está jurídicamente garantizada en atención a la trascendencia en la ordenación del sistema político y de la consecución a través de ella de valores que interesan a la colectividad²²⁷. En otras palabras, el derecho de propiedad en la doctrina constitucional recogida en el texto de 1999, *“presenta una vertiente institucional derivada de la función social que cada categoría de bienes sobre los que se ejerce el dominio está llamada a cumplir, lo que supone la incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular de la definición de cada derecho de propiedad o en la delimitación concreta de su contenido”*²²⁸.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la decisión del expediente *“Manuel Quevedo Fernández”*, de fecha 06 de abril de 2001, se pronunció al respecto al expresar que: *“cabe reconocer dos dimensiones en los derechos fundamentales. Una dimensión objetiva, institucional, según la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados y, de otro lado, una dimensión subjetiva, conforme a la cual actúan como garantías de los aspectos individuales, sociales y colectivos de la subjetividad que resulten esenciales a la dignidad y desarrollo pleno de la humanidad”*; criterio éste que, como anota GARCÍA SOTO, será repetido en la sentencia de la misma Sala Constitucional, de fecha 15 de mayo de 2003, caso *“C.A.*

²²⁷ Vid. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o vías de hecho?...citada*, p. 24; asimismo a: HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo, “La indemnización expropiatoria en la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana”, en *Revista de Derecho Público*, No. 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 44

²²⁸ VILLEGAS MORENO, José Luis, en “El derecho de propiedad en la Constitución de 1999”...obra citada, p. 570.

*Cervecería Nacional*²²⁹.

De igual manera, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, con ocasión de la decisión del 24 de febrero de 2006, ya citada, ha acogido el criterio de la propiedad como institución, al identificarla como “*hecho social*”, señalando al efecto que:

*“Finalmente, debemos advertir que entendiendo la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho subjetivo, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica limitada exclusivamente al tipo abstracto descrito en el Código Civil, sino que la misma ha sido reconducida en virtud de la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, produciéndose una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos, como entre ellos podría citarse el aprovechamiento del suelo, así como la delimitación y restricción del derecho de edificación en ciertos casos”*²³⁰.

2. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD. FUNDAMENTO DE LAS LIMITACIONES A LA PROPIEDAD. ALCANCE.

La noción de función social, como apuntamos anteriormente, tiene su fundamento en la teoría planteada por DUGUIT sobre la solidaridad como

²²⁹ GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, p. 109.

²³⁰ La referencia es tomada de RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2006”, *Revista de Derecho Público*, No. 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 87.

uno de los ejes constitutivos de la sociedad, quién no concibe a la libertad como un derecho fundamental, como un derecho subjetivo, sino como una simple situación moldeable por el Estado en función al servicio público y de acuerdo con la norma objetiva, y en dónde la propiedad no tiene una función social que cumplir, sino que *“es una función social”*. La propiedad *“no es el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la riqueza”*²³¹.

Sin embargo, como hemos podido plasmar en esta investigación, la tesis de la noción de la función social acogida tanto en España como en Venezuela no sigue al planteamiento de Duguit en su esencia, toda vez que ambos ordenamientos reconocen a la propiedad como un derecho subjetivo legítimo y con pleno vigor (en el caso de España, en los artículos 33.1 Constitucional y 348 del Código Civil; en el Venezolano, en el artículo 115 del Texto Fundamental y el artículo 545 del Código Civil), que tiene un *“destino teleologizado en función de intereses colectivos, en el que coexisten en equilibrio el interés individual y el interés público”*²³².

Es cierto que la vieja teoría del derecho subjetivo ha perdido hoy el carácter absoluto con el que originariamente había sido concebida, en virtud del presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho que prima los aspectos sociales sobre los individuales²³³, constituyendo una cláusula de

²³¹ Sobre el particular, véase a: DUGUIT, León, *Las transformaciones generales...ya citada, passim*; de igual forma a: PAREJO ALFONSO, Luciano, “Algunas consideraciones del derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en: PARRA ARANGUREN, Fernando y RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando (Coordinadores), *Estudios...loc.cit.*, p. 269; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación...obra citada*, pp. 25 y 26; BONILLA MALDONADO, Daniel, “La función social de la propiedad en perspectiva comparada”, en BONILLA MALDONADO, Daniel (Coordinador), *La función social de la propiedad*, EUDEBA, Buenos Aires, 2013, pp. 12-17.

²³² Vid. TURUHPIAL, Héctor, “Las limitaciones al derecho de propiedad y su sujeción a los principios generales del derecho”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, No. 1, 2011, p. 74.

²³³ En el caso de España, la Constitución en el artículo 1.1 establece que: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...”*. Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia No. 22/1984, F.J. No. 3, de 17 de febrero, dejó sentado que: *“...Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos*

limitación general de los derechos según los postulados del artículo 1.1 de la Constitución Española y del artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²³⁴, pero ello no obsta para que resulte plenamente compatible con la naturaleza del derecho de propiedad, diseñado para atender determinados intereses.

En efecto, el interés del particular y la noción de la función social (caso de España) o de utilidad pública o interés general (Venezuela), como *“títulos específicos de limitación del derecho de propiedad”*²³⁵, se identifican con plenitud, ya que el fin para el que se reconoce el derecho subjetivo de propiedad privada interesa de igual modo al particular y a la sociedad, toda vez que la función del derecho, que es la que le otorga su dimensión y fisiología, ha sido determinada por la sociedad en su propio beneficio (primero por el constituyente y, por el legislador, después) y en el del particular²³⁶.

derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el art. 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social... En similares términos, la sentencia del mismo Tribunal No. 227/1993, de 9 de junio, FJ No. 4, e), al precisar que: *“...en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art. 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el Legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social...”*

Por su parte, en Venezuela la Constitución en el artículo 2 prevé la cláusula del Estado Social, al expresar que: *“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...”*. Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia del 24 de enero de 2002, caso *Asodeviprilara*, se pronunció en los términos siguientes: *“...Así como el Estado Social de Derecho, mediante la ley o la interpretación de la misma según los principios fundamentales de la Constitución de 1999, puede limitar la autonomía de la voluntad en los contratos, igualmente y dentro de parámetros legales, puede restringir la propiedad, y hasta expropiarla, si por causa de utilidad pública o interés social fuere necesario (artículo 115 constitucional) (...) Es de la esencia del Estado Social de Derecho (...) restringir la propiedad con fines de utilidad pública o interés general...”*

²³⁴ Vid. GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, p. 135.

²³⁵ *Ibidem*, p.138.

²³⁶ Cfr. a BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La propiedad constitucional...citada*, pp. 107-111

a) Situación en España.

La función social del derecho de propiedad delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Esta es la fórmula, genérica y abstracta, empleada en el artículo 33.2 del Texto Constitucional Español, para regular, con vigor, el ordenamiento entero de la propiedad privada. Es decir, que la función social es la que define la sustancia del derecho mismo, es la que disciplina el régimen jurídico de cada forma de propiedad²³⁷, lo que ha de efectuarse con la forma jurídica de ley, al tiempo que constituye la medida o el criterio básico para delinear, desde su interior, cuál será el conjunto de deberes y facultades que lo integran, de modo que se asegure un ejercicio social del derecho. Dicho en otras palabras, la función social constituye un elemento intrínseco e interior del derecho de propiedad, puesto que la atribución misma del derecho al titular tiene en cuenta no sólo su interés, sino, sobre todo, la conexión entre la posición del particular y su pertenencia a un organismo

²³⁷ La noción de función social no es uniforme cuando se regulan los bienes sobre los que recae el derecho de propiedad, puesto que ha de considerar el fin o la utilidad social que deba cumplir cada categoría de bienes, tal y como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia No. 37/1987, FJ No. 2º, de 26 de marzo, al afirmar que: *"...la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir..."* Tal afirmación será reiterada en la misma decisión en el FJ 9º, al expresar que: *"Por otra parte, la definición de la función social de la propiedad no es algo que derive sustancialmente de una regulación unitaria del derecho de propiedad (...). A este propósito, ya hemos dicho, y conviene repetirlo ahora, que precisamente la incorporación de una vertiente institucional al derecho de propiedad privada hace que la función social que este derecho debe satisfacer no es ni puede ser igual en relación con todo tipo de bienes. Carece por lo mismo de sentido la exigencia de una regulación, necesariamente abstracta, de la función social –las funciones sociales, mejor- del dominio, realizada con carácter general y uniforme, pues sin duda resultaría altamente artificiosa. Por el contrario, esa dimensión institucional del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido. En consecuencia, corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses -o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad- establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad"*.

social, siendo tal conexión, por consiguiente, lo que da la medida y las dimensiones a la estructura propietaria. La función social forma parte del derecho mismo, modula su ejercicio y justifica la diversificación del régimen jurídico del dominio²³⁸.

En este sentido, si bien la función social constituye un elemento esencial del derecho de propiedad, *“requiere - para su operatividad - de la previa existencia de una ley que determine su forma de actuación en cada caso concreto”*²³⁹, sobre los distintos tipos de propiedad (inmuebles, personal, empresarial, etc.), al ser la función social la expresión legislativa de la finalidad socio-económica que cumplen los bienes sobre los que recae el dominio.

Es importante señalar, tal y como constata GARCÍA SOTO, que la fórmula del artículo 33.2 de la Constitución Española requiere su desarrollo por parte del legislador; como también, en su caso, por parte de la Administración. Ello se traduce en la imposibilidad de limitar el derecho de propiedad cuando no exista una norma de rango legal que establezca esa restricción, lo que deriva, además, de la respectiva reserva que le es reconocida a dicho derecho (artículos 33.2 y 53.1 CE). En este sentido, el precepto 33.2 del Texto Constitucional Español se podría considerar como una *“norma abierta”*, que emplaza al Legislador a limitar ese derecho en uno u otro sentido. En este particular, es preciso notar, que si bien tal precepto tiene valor jurídico pleno, no puede ser aplicado directamente sin que previamente el Legislador delimite el contenido del derecho de propiedad, en virtud de la noción de la función social. Así pues, hasta tanto el Legislador no

²³⁸ Véase a BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La propiedad constitucional...citada*, p. 47; asimismo, véase a SERRANO ALBERCA, José Manuel, *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 84; igualmente a BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad...ob. cit.*, p. 40.

²³⁹ COLINA GAREA, Rafael *La función social de la propiedad privada en la Constitución de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 243.

proceda a la delimitación del contenido de dicho derecho, conforme ha sido expresado, la Administración no puede limitarlo²⁴⁰.

Además, expresa el mencionado autor que las “*normas abiertas*” no necesitan únicamente que sean desarrolladas normativamente, sino que, para ello, exigen también una “*determinación significativa*” para interpretar su contenido. Entonces, queda en evidencia la diferencia que cualitativamente existe entre los postulados de los artículos 33.1 y 33.2 Constitucionales: en el primero, se da el reconocimiento del derecho de propiedad, lo cual implica que dicha norma pueda ser aplicada de manera directa; es una “*norma completa*” y no necesita que sea desarrollada posteriormente para que pueda ser empleada, lo que, adicionalmente, encuentra asidero en la validez y eficacia que dicho derecho tiene con motivo de su previsión en el artículo 348 del Código Civil. De manera diferente, sí exige el dispositivo del artículo 33.2 del Texto Constitucional, de una norma que la complemente, esto es, “*una ley que delimite el derecho de propiedad en atención a la noción de la función social*”. Otra particularidad que se advierte, es que el ordenamiento jurídico español no tenga contemplado un mecanismo procesal que pueda ser ejercitado ante la omisión del Legislador en la delimitación del derecho de propiedad. Ciertamente, ni la Constitución, como tampoco la Ley, establecen cuándo ni cómo realizar tal delimitación, ni la consecuencia jurídica de su incumplimiento²⁴¹.

Entonces, la reserva de regulación del artículo 33.2 del Texto Fundamental determina que sólo la propiedad desarrollada por el legislador puede ser objeto de la garantía constitucional y, por tanto, susceptible de protección; de ahí que se diga que la función social es una reserva de ley reforzada, por cuanto delimita el derecho de propiedad y además se exija

²⁴⁰ Véase al respecto a GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, p. 162-165.

²⁴¹ *Ídem*.

para ello de la forma jurídica de la ley²⁴².

No obstante, es necesario afirmar, que tal precepto no establece una reserva absoluta (aunque sí cualificada, ya que precisa la esfera material que debe ser observada al momento de limitar el derecho de propiedad), sino que, por el contrario, flexibiliza dicha reserva, pues, si bien exige la regulación por la Ley, la expresión ahí contenida (“*de acuerdo con las leyes*”) permite la actuación de la Administración cuando aquéllas recaben la colaboración reglamentaria de ésta²⁴³.

Ahora bien, la determinación de la utilidad social de cada tipo de bien comporta una *delicada valoración del equilibrio general del país*, teniendo el legislador *las más amplias posibilidades de valoraciones y de juicios*²⁴⁴. Por tal motivo, se le reclama una específica configuración dominical dirigida a asegurar la función social de cada tipo o categoría de bienes: el legislador tiene que constituir una síntesis suficiente de la utilidad individual y de la utilidad social, pues, lo que forma parte integrante del contenido esencial de la propiedad constitucional es, precisamente, la obligación para el legislador de emplear la noción de la función social. Y, en esta medida este criterio es, junto con la idea de “utilidad privada”, “*la clave de bóveda*” del entero régimen constitucional de la propiedad²⁴⁵.

En efecto, tal y como afirma BARNÉS, el “*quid*” reside en una cuestión de grado, de equilibrio, que descansa en el contenido esencial, toda vez que ha de comprender, no sólo un reducto indisponible de libertad, sino también a la misma función social. Así pues, función social y poder o libertad son las dos caras de la misma moneda, razón por la cual ha de concluirse que la

²⁴² Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...loc.cit.* p. 366.

²⁴³ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, “Algunas consideraciones del derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en: PARRA ARANGUREN, Fernando y RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando (Coordinadores), *Estudios...loc.cit.*, p. 283.

²⁴⁴ Véase RODOTA, Stefano, *El terrible derecho, citada*, p. 206.

²⁴⁵ Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...obra citada*, p. 347

esencia – común a todas las formas de propiedad – no puede estar únicamente en el reconocimiento de una esfera de libertad, sino “*en un poder o libertad funcionales*”²⁴⁶.

De esta manera, la función social se resume en lo que se ha denominado la “*causalización de la propiedad*”; el derecho de propiedad se ha otorgado al propietario para algo, que aparte de su propio interés, se concreta en cumplir determinados intereses públicos²⁴⁷.

La función social, en este sentido, vendrá a ser la delimitación del interés privado por el interés público, en virtud de lo cual, junto a las facultades del propietario, pueden establecerse desde simples limitaciones negativas del contenido de un derecho del que se extraen facultades que no se atribuyen al propietario, como, por ejemplo, “*la prohibición de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en la zona de la servidumbre de protección de la ribera del mar [art. 25 de la Ley de Costas; STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8 a)], la prohibición para el propietario de extinguir el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda llegado el día del vencimiento pactado (STC 89/1994, de 17 de abril, en especial, FJ 5), o la de destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con una rigurosa protección medioambiental (STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8)*”²⁴⁸; pero también cargas y deberes u obligaciones positivas al ejercicio de las facultades del propietario, los cuales han de ser soportados sin compensación económica por éste²⁴⁹, y que

²⁴⁶ Cfr. BARNÉS, Javier, *La propiedad...ob.cit.*, p. 116.

²⁴⁷ Véase a SERRANO ALBERCA, José Manuel, *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo...obra citada*, p. 85.

²⁴⁸ Véase al respecto a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, No. 177, 2008, p. 176.

²⁴⁹ Cfr. BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (coordinador), *Propiedad...ob. cit.*, p. 40. De igual manera, en los casos del régimen de la propiedad del suelo, véase en sentido análogo a PAREJO ALFONSO, Luciano, “La propiedad urbana”, en BARNÉS, Javier (coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad...ob. cit.*, p.222.

pueden sintetizarse en un deber específico y típico de cada régimen jurídico, como sería, por ejemplo, *“la manera en que debe obtenerse al aprovechamiento agrícola de fincas de esta naturaleza (STC 37/1987, de 26 de marzo), o hacen recaer sobre el propietario de inmuebles urbanos costosísimos deberes de ceder (suelo destinado a dotaciones públicas y suelo con aprovechamiento urbanístico), de realizar la urbanización (o, al menos, costearla) y de incorporarse a un complejo procedimiento en el que se sustancia la equidistribución de las cargas urbanísticas (tradicionalmente: reparcelación o compensación) (sobre esto, por ejemplo, STC 61/1997, de 20 de marzo, FF JJ 7 a 10)”*²⁵⁰.

Tal tipicidad viene determinada no sólo por la naturaleza del bien, sino también por la decisión del legislador, quién puede imprimirle connotaciones, matices o sesgos diversos, en cada tiempo y lugar²⁵¹. En definitiva, ahí donde haya un interés general que deba primar sobre el interés privado, cabría imponer limitaciones al derecho de propiedad que, de otro modo, no existirían²⁵².

i. La función social como fundamento de los límites.

La Constitución reconoce dos formas de propiedad: la propiedad privada (art. 33 CE) y la pública (art. 132 CE). Éstas persiguen finalidades distintas; la función social de la propiedad privada no se identifica con el interés general que está llamado a satisfacer la propiedad pública. Tal distinción se entiende del hecho que el demanio público no ha sido

²⁵⁰ Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *Ibidem*.

²⁵¹ Véase a BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (coordinador), *Propiedad...ob. cit.*, p. 40.

²⁵² Vid. Díez-Picazo, Luis María, *Sistema...loc.cit.*, p. 510.

considerado por el Constituyente como idóneo para desarrollar la misma función personal y social que se confía a la propiedad privada²⁵³.

Por su parte, el artículo 128.1 de la Constitución subordina al interés general toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. Tal precepto, es una clara manifestación de lo que postula la cláusula del Estado Social a que se contrae el artículo 1.1 de la Constitución. En este sentido, es dable afirmar que existe una estrecha vinculación entre los artículos 33 y 128.1 constitucionales. Empero, ambos preceptos tienen ámbitos normativos distintos. En primer lugar, “riqueza” no es sinónimo de “propiedad”, sino únicamente de la “propiedad que tiene por objeto el ahorro y el consumo”; por otro lado, la noción de “interés general” no equivale, ni en contenido ni en forma, a la de la función social de la propiedad. En términos estrictos, “el interés general alude al fomento y la promoción de la riqueza económica del país, incluso frente a otros intereses públicos”, tal y como se desprende la sentencia 64/1982 del Tribunal Constitucional, de 4 de noviembre, que afirma que el mencionado dispositivo 128.1 “supone que no pueden sustraerse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado considere de interés general, aduciendo otras finalidades, como la protección del medio ambiente, que también pueden considerarse públicas”²⁵⁴.

La diferencia se hace visible, ya que, de no ser así, carecería de sentido la distinción de ambos institutos jurídicos (propiedad privada y pública). Es decir, que la noción de función social no persigue el uso o servicio público al que está afectado el dominio público.

Sin embargo, si bien no son identificables en rigor una y otra fórmula, lo cierto es que, a tenor del artículo 128.1 de la Constitución, existe

²⁵³ Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La propiedad constitucional...obra citada*, p. 49.

²⁵⁴ Véase a REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...loc.cit.*, p. 333.

efectivamente una relación de subordinación, con lo cual, el ejercicio dominical comporta – inexcusablemente – un beneficio social, pudiendo entonces apreciarse que el objetivo asignado por la Constitución a la propiedad privada es la *“garantía de las libertades individuales y sociales”*. Efectivamente, la Constitución admite y respeta la consecución de intereses diferentes, mediante tales derechos y libertades, respecto de los de los generales, debiendo ambos armonizarse, para que de esa manera *“la propiedad constitucional, lejos de ser un obstáculo a efectivas mejoras sociales que alcance la igualdad en la libertad, pasa a ser una palanca poderosa de transformación económico-social”*. Ello se justifica, toda vez que a través de la propiedad privada se garantiza y protege el trabajo, la persona y a los derechos que le están reconocidos; en otros términos, se otorga este poder a la propiedad privada para proporcionar seguridad, estabilidad, libertad a la persona humana en el ejercicio de sus derechos. Por ende, la propiedad privada *“es plenamente conciliable con el interés general que exige del titular del derecho – como miembro de la sociedad - la utilización del bien en el sentido que más convenga a la entera colectividad”*. El derecho de propiedad, así visto, no tiene por finalidad proteger exclusivamente al titular del derecho, sino que pretende de éste que, con su actuación, *“permita el acceso y participación de los demás ciudadanos en la vida económica, como instrumento de mayor bienestar social”*. La propiedad privada, a través de la fórmula de la función social, constituye, así, en el constitucionalismo moderno y en el desarrollo legislativo, el mecanismo donde convergen el Derecho Público y el Derecho Privado²⁵⁵.

En definitiva, las limitaciones efectuadas a la propiedad privada en virtud de la noción de la función social, pretenden que la explotación económica del bien no constituya el fin último de aquélla, sino que el rendimiento económico que pueda derivarse del bien, ha de contribuir, con la

²⁵⁵ Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La propiedad constitucional...citada*, pp. 50-53.

cuota de participación que determine el legislador, al beneficio social, que es el verdadero fin de la institución²⁵⁶.

Es este, en conclusión, el fundamento de tales limitaciones.

ii. *Alcance de la noción de la función social.*

Hemos visto que el contenido de la función social delimita positivamente el haz de facultades del derecho de propiedad (es decir, el contenido positivo de éste en tanto derecho subjetivo) y, por lo cual, lo configura; simultáneamente, la función social condiciona el ejercicio de las facultades delimitadas, al imponer deberes, cargas, etc., al titular del derecho de propiedad, cuyo cumplimiento condiciona el ejercicio de sus facultades como propietario²⁵⁷.

Para ello, al legislador le han sido reconocidas amplias facultades en la Constitución, goza de un amplio margen de apreciación para identificar la función social a que puede quedar subordinado cada tipo de bien; sin embargo, esto no significa que tales facultades sean ilimitadas. En efecto, el legislador *“está obligado a nuclear caso por caso los estatutos dominicales que, promoviendo el interés individual inmanente en todo derecho subjetivo, permitan al mismo tiempo también a todos los sujetos en presencia la satisfacción, en relación con el bien, de sus diversos intereses”*²⁵⁸; es decir, debe respetar el justo equilibrio entre el interés general y el interés privado²⁵⁹.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 54.

²⁵⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, “La propiedad urbana”, en BARNÉS, Javier (coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad...ob.cit.*, p.219.

²⁵⁸ Véase a REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...loc.cit.*, p. 370.

²⁵⁹ Vid. Díez-Picazo, Luis María, *Ibidem*.

El legislador se encuentra sujeto al principio fundamental de la utilidad privada para la configuración legislativa del derecho de propiedad: el legislador tiene que desarrollar jurídicamente los derechos patrimoniales privados de modo que sean viables y ejercitables. La imposición de limitaciones no puede ni suponer la desaparición o negación del contenido esencial del derecho reconocido (art. 33 CE), ni, por otro lado, que la delimitación que de ese derecho se realiza pueda carecer de fundamento o justificación constitucional. Se destacan de lo anterior, los dos límites generales que debe respetar el legislador al delimitar las situaciones patrimoniales subjetivas conforme a las exigencias de su función social: el “*contenido esencial*” (art. 53.1 CE) y el “*principio de proporcionalidad*”²⁶⁰.

El principio de proporcionalidad juega un papel preponderante como límite de esas facultades del Legislador, ya que le obliga a indagar si la medida es idónea a su fin y no es, contrariamente, desproporcionada. Tal principio, como tuvimos oportunidad de ver en el Capítulo I de esta investigación, se subdivide en tres subprincipios: *i)* adecuación, *ii)* necesidad, y *iii)* proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, REY MARTÍNEZ considera que sólo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto resulta aplicable por el Legislador en cuanto a la delimitación de la función social de la propiedad privada se refiere, ya que los restantes subprincipios, en primer lugar, reducirían en exceso el ámbito de libertad del que dispone el Legislador para ello; y en segundo término, por el hecho de no disponer aquél (a diferencia de la Administración) de diversos medios para configurar la propiedad.

Así, a través del subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto, se logra el necesario encuadre de ese margen de apreciación

²⁶⁰ Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, No. 177, 2008, pp. 178 y 179.

concedido al Legislador en límites precisos, al requerirse una relación adecuada entre los fines perseguidos y los medios empleados, ponderándose las exigencias del particular con las de la comunidad, los intereses del particular de manera suficiente, y el instrumental de vinculaciones de la propiedad preciso para la conservación de los objetivos sociopolíticos de la regulación. Igualmente, al constituir el orden de la propiedad, el Legislador se encuentra en el deber de tener en cuenta no sólo el reconocimiento constitucional de la propiedad privada, sino todas las normas del Derecho Constitucional. Es decir, legislar un derecho acorde formal y materialmente con la Constitución. De la misma forma, el contenido dominical determinado legislativamente debe respetar los límites derivados del artículo 33.3 CE; es decir, no puede constituir una regulación que tenga carácter expropiador, ya que ésta sólo cabe bajo las condiciones especificadas en el artículo 33.3 CE, pero no en el marco del artículo 33.2 CE²⁶¹.

Además de estos criterios de valoración, como método de discriminación de intereses en contraste, el Legislador, para que puedan coincidir tales intereses, debe tener en cuenta al momento de establecer limitaciones los aspectos que a continuación se indican, ya que, de lo contrario, sería un simple árbitro político; así tenemos: *i)* Si bien al propietario no le es exigible atender fines distintos a los que conciernen a la producción y satisfacción del propio bien, sí le es exigible que la explotación de dicho bien sea socialmente útil, esto es, que contribuya al bienestar social, garantizándose de esta manera a los distintos ciudadanos el eficaz ejercicio de sus libertades; *ii)* Que la regulación de los diversos estatutos de la propiedad sea de tal manera que resulte conveniente para el particular la utilización del bien con fines socialmente útiles, *iii)* En hacer posible el acceso a todos los ciudadanos para disfrutar de los bienes económicos en

²⁶¹ Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...loc.cit.*, pp. 370-376.

general y la propiedad de los bienes de producción en particular, ya que la propiedad privada, desde su perspectiva ético-política, se presenta como una garantía jurídico-patrimonial de las libertades individuales y sociales, debiendo entonces fomentarse y promoverse el acceso de todos a esta garantía. Tal acceso de la sociedad al disfrute de los bienes económicos no es más que la participación en la vida económica (art. 9.2 CE); iv) El reconocimiento constitucional de la propiedad privada implica, de suyo, la protección del derecho; es un interés jurídicamente protegido, por lo cual las extralimitaciones no pueden ser amparadas de manera alguna, siendo rechazable cualquier exceso de poder²⁶².

b) Situación en Venezuela.

A diferencia de Textos Constitucionales de 1947, 1953 y de 1961, que aludían explícitamente a la noción de la función social como cláusula para limitar el derecho de propiedad en Venezuela, la Constitución de 1999 no recoge expresamente tal postulado ya que establece: *“la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”*.

Sin embargo, aún y cuando no exista una consagración taxativa de la noción de la función social en la Constitución de 1999, se ha considerado un principio implícito dentro de la misma y, en consecuencia, se considera su estudio *“a partir de la impronta del régimen administrativo francés”*²⁶³.

En este sentido, al igual que en el ordenamiento español bajo la

²⁶² Véase a BARNÉS, Javier, *La propiedad...*, citada, pp. 60 y ss.

²⁶³ Véase a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...obra citada*, p. 24.

noción de la función social, la cláusula de utilidad pública o interés general adoptada por el Constituyente Venezolano tendrá las mismas connotaciones: delimitación del derecho de propiedad y fundamento de las limitaciones de ese derecho. En efecto, la doctrina ha señalado sobre el particular lo siguiente:

“La Constitución de 1999 mantiene la regulación del derecho de propiedad en forma prácticamente idéntica a la prevista en la Constitución de 1961 (...) Sin embargo, a diferencia del Constituyente del 61, el de 1999 no hizo referencia a la “función social” de la propiedad. A pesar de ello, estimamos que la eliminación de dicha expresión no desvirtúa el hecho de que la propiedad cumpla una eminente función social. En efecto, la función social de la propiedad, se traduce en la posibilidad de que ésta pueda ser afectada por el Estado a la satisfacción de intereses colectivos y ello aparece implícito en la norma, la cual establece que la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general y podrá ser objeto de expropiación”²⁶⁴.

Aunado a ello, las nociones de utilidad pública y de interés general son *“títulos específicos de limitación del derecho de propiedad”* en atención del contexto de la Constitución Económica, además de una especificación de lo que significa sobre tal derecho la cláusula del Estado Social, como *“título general de limitación”*; por consiguiente, la distinción realizada en la Constitución (artículo 115) no tiene mayores consecuencias²⁶⁵.

La jurisprudencia venezolana ha acogido también la noción de la

²⁶⁴ Cfr. BADELL MADRID, Rafael, “Limitaciones legales al derecho de propiedad”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor) *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 7, Caracas, 2002, p. 96.

²⁶⁵ Vid. GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido esencial...citada*, p. 156.

función social para justificar los límites que pueden ser impuestos al derecho de propiedad. Así, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la decisión de fecha 27 de octubre de 2000, dijo que:

“la Constitución de la República garantiza el derecho a la propiedad, pero de ninguna manera como un derecho absoluto sino relativo, con las limitaciones legales, dada la función social de la propiedad que la somete a las restricciones, contribuciones y obligaciones que establezca la Ley”²⁶⁶.

De igual forma, la mencionada Sala Constitucional, en la decisión del caso “Manuel Quevedo Fernández”, de fecha 06 de abril de 2001, adoptando los términos de la Sentencia de 26 de marzo, No. 37/1987, del Tribunal Constitucional de España, dijo:

“la Constitución reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”²⁶⁷.

En sentido similar, la referida Sala Constitucional, en la decisión del caso “Municipio Baruta”, de fecha 24 de febrero de 2006, hizo también referencia a la noción de función social, expresando que:

“la fijación del contenido esencial de la propiedad

²⁶⁶ La referencia es tomada de: GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido esencial...citada*, p. 159.

²⁶⁷ *Ibidem*.

*privada no puede hacerse desde la exclusiva perspectiva subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo*²⁶⁸.

Por otra parte, al igual que se indicó con relación al artículo 33 de la Constitución Española, el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela requiere desarrollo por parte del Legislador, como también de la Administración dado el caso, ya que no permite limitar el derecho de propiedad cuando no exista una Ley que lo así lo establezca, lo que deriva, además, de la reserva legal que para ese derecho se encuentra prevista en dicho dispositivo constitucional. Por ello, el artículo 115 de la Constitución de 1999 puede ser considerado como una *“norma abierta”*, que emplaza al legislador a limitar el derecho de propiedad en uno u otro sentido.

En este particular, es preciso notar, que si bien tal precepto tiene pleno valor normativo, al poder emplearse de forma directa como garantía del derecho de propiedad, ya que, como antes se dijo, es una *“norma completa”* (no requiere de otra para poder ser aplicada); el propio artículo 115 condiciona el ejercicio de ese derecho a *“las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”*, necesitando por ello de una norma que la complemente, de una Ley que estatuya tales *“contribuciones, restricciones y obligaciones”* en razón de los *“fines de utilidad pública o de interés general”*. A diferencia del caso español, frente a la inactividad del Legislador, en Venezuela el artículo 336, numeral 7, del Texto Constitucional, consagra el mecanismo procesal para

²⁶⁸ La referencia es tomada de RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2006”, *Revista de Derecho Público*, No. 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 87.

*“Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”*²⁶⁹.

3. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DOMINIO, FACULTADES Y ATRIBUTOS.

Tal y como observamos en el Capítulo I de la presente investigación, en el contexto de las restricciones legales de los derechos y libertades ciudadanas y de las barreras que no le están permitas sobrepasar al Legislador, la alusión al núcleo o contenido esencial obedece a una idea de capital importancia: *“el legislador está facultado para regular pero no para suprimir los derechos fundamentales”*. Al Legislador no le pertenecen los derechos, no es su dueño, ni éstos están supeditados al desarrollo legislativo de aquél para que tengan validez. Carecería de sentido alguno permitir que la regulación de los derechos se hiciera de tal manera que los hiciera desaparecer, los redujera a cero o, en todo caso, los hiciera inoperantes, ineficaces. Por ello, se exige que la regulación, con base en la Constitución, deje a salvo una parte del derecho que subsista a la tarea normativa del Legislador²⁷⁰.

En este sentido, el artículo 53 de la Constitución Española, inspirado en el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, regula las garantías de las

²⁶⁹ Véase al respecto a GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, p. 162-165.

²⁷⁰ Cfr. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, editorial Legis, Caracas, 2010, p. 287.

libertades y derechos fundamentales, previendo en el número 1, entre otras técnicas de garantías, la reserva de ley, la cual deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial de esos derechos y libertades a que se contrae el Capítulo II del Título I de la Constitución.

La previsión de esta garantía ofrece, tal y como expresa PAREJO ALFONSO, tanto un *“aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario”* (es un límite a la libertad de configuración de legislador en relación al ejercicio de los derechos fundamentales, una frontera que el legislador no puede traspasar, un *“límite de los límites”*²⁷¹), como también un *“aspecto positivo de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos”*. Estos aspectos (negativo y positivo) son reconducidos para que pueda ser fijado en la Constitución *“un orden material de valores en el que se expresan los superiores que informan la totalidad del ordenamiento y que constituye el soporte mismo de la decisión constituyente entendida como un todo”*. Los derechos fundamentales, así, *“vinculan directamente a todos los poderes públicos”* y tienen un *“contenido constitucionalmente declarado”*, por consiguiente, deben ser considerados como una expresión de los valores de libertad, justicia e igualdad, consagrados en el artículo 1.1 del texto fundamental²⁷².

Es preciso señalar, que esta idea de contenido esencial posee dos rasgos determinantes; el primero, es que no se predica de la declaración de derechos en su conjunto, sino para cada derecho individualmente considerado; de otra parte, designa el contenido mínimo, necesario e

²⁷¹ Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...obra citada*, p. 304. Igualmente, véase a DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 125 y ss.

²⁷² Sobre el particular, véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I, Num. 3, 1981, pp. 170 y 171.

indisponible de cada derecho²⁷³.

En lo que respecta al derecho de propiedad, el contenido esencial no se encuentra determinado en la Constitución, sino que es un concepto jurídico indeterminado. Para su determinación, se requiere entonces la previa delimitación del contenido normal del derecho, lo cual no se lleva a cabo por una “*suma de facultades*”, sino por una “*síntesis*” de ellas; es un “*poder unitario*” que comprende determinadas formas de actuación, las cuales son variables, bien por la realidad histórica respecto de un idéntico derecho dados los diversos cambios de las circunstancias políticas, económicas y sociales, o bien con motivo de los diferentes intereses dominicales, según la categoría de bienes que constituyen su objeto; tal delimitación permitirá precisar qué parte del mismo constituye su esencia²⁷⁴.

Así, partiendo de una delimitación positiva, es decir, sobre la base de las posibilidades de actuación del titular (puede hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido), no es posible una delimitación totalmente acabada, en razón de la indeterminación y mutabilidad de las facultades del dominio. Por otra parte, desde la óptica de la delimitación negativa (lo que no le está permitido hacer al dueño) tampoco sería posible lograrlo, ya que, por un lado los límites impuestos al ejercicio de las facultades dominicales se caracterizan por su generalidad y poca especificación; por el otro, las restricciones varían entre las distintas categorías de bienes que conforman el derecho de propiedad. Pero además, acudir a un criterio de determinación negativa, conllevaría a reducir la identificación del derecho de propiedad única y exclusivamente a las facultades o posibilidades por las cuales puede ser ejercido, lo cual sería admisible partiendo de una interpretación del

²⁷³ Véase a DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema...obra citada*, p. 109.

²⁷⁴ Vid. COLINA GAREA, Rafael *La función social de la propiedad privada en la Constitución de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 358.

artículo 348 del Código Civil, negándose de esta manera la noción de función social como elemento integrante del contenido dominical²⁷⁵.

Por ello, el contenido normal no puede comprimirse exclusivamente a una serie posibilidades o facultades de actuación, ya que debe considerar también conjunto de obligaciones y deberes como expresión de la función social que debe cumplir la propiedad privada, lo cual condiciona el ejercicio de ese derecho. Así pues, el contenido normal estaría comprendido por las facultades siguientes: *i)* aquéllas cuyo ejercicio está sujeto a la libre voluntad del titular; *ii)* aquéllas cuya actuación requiere que el propietario cumpla con determinados requisitos; *iii)* las que su ejercicio es obligatorio para el propietario en virtud de establecerlo una ley a causa de la noción de función social; *iv)* aquéllas que no pueden ser ejercidas durante lapso de tiempo determinado; y *v)* las que su ejercicio no es reconocido al propietario²⁷⁶.

Una vez efectuada una aproximación al contenido normal del derecho de propiedad, la cuestión clave radica entonces en cómo identificar el contenido esencial; precisar cuál es el contenido esencial y, además, cuál ha de ser la metodología que debe seguirse para su determinación.

Para ello, el Tribunal Constitucional, en la sentencia No. 11/1981, de 8 de abril, F.J. No. 8, señaló dos elementos básicos en la configuración del derecho subjetivo; el primero, viene dado por la *“naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho”*, es decir, la *“vía interna del derecho”*, el *“haz de facultades”* o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como derecho fundamental, sin las cuales deja de pertenecer a esa categoría, desnaturalizándose, y atendiendo al *“momento histórico”* en que sea tratado cada caso y al entorno que rodee a las respectivas sociedades democráticas. El otro elemento, es lo que se ha

²⁷⁵ Véase COLINA GAREA, Rafael, *Ídem*, pp. 359 y 360.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 361.

dado llamar como los “*intereses jurídicamente protegidos*”, esto es, el “*núcleo y médula de los derechos subjetivos*”, la “*vía externa*” del derecho, el goce, la ganancia o ventaja en que se materializa la situación de poder y por lo cual ha sido concedida²⁷⁷.

Ambos elementos representan dos momentos diferentes de la misma realidad: situación de goce y disfrute y el conjunto de facultades otorgadas para la efectividad de dicha situación.

a) *La idea de la naturaleza jurídica o del modo de configuración del derecho.*

Según esta idea, se busca “*ir de lo abstracto a lo concreto; se trata de verificar si un específico derecho regulado por el legislador resulta subsumible o se puede ajustar al tipo abstracto dominical*”. Para lograrlo, se debe, en primer lugar, identificar la imagen del tipo dominical abstracto; luego, constatarse si el derecho consagrado por el Legislador se subsumime en ese tipo abstracto ya definido y conformado perfectamente²⁷⁸.

Así pues, para identificar el tipo abstracto de un determinado derecho, en las propias palabras del Tribunal Constitucional en la sentencia anteriormente referida, se debe establecer una relación entre el enunciado empleado en los preceptos normativos y lo que algunos autores han denominado el “*metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y los especialistas del*

²⁷⁷ Sobre lo expuesto véase a REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...citada*, p. 308; igualmente, confróntese a Díez-PICAZO, Luis María, *Ibidem*, p. 110.

²⁷⁸ Véase a COLINA GAREA, Rafael, *Ídem*, p. 362.

*derecho*²⁷⁹.

La naturaleza de norma abierta y abstracta de la Constitución, plantea la necesidad de ser interpretada de acuerdo con la realidad social que refleja su aplicación, a fin de impedir distanciamientos entre el ámbito constitucional y social, que, de suscitarse, atentaría contra el orden jurídico fundamental. Por ello, la remisión a las convicciones generalmente admitidas en la conciencia jurídica (por la doctrina legal y científica) de aquello que constituye el tipo dominical, se aproxima a la denominada conciencia social, la cual se asimila a la idea que sociológicamente comprenden los principios generales que conforman el ordenamiento jurídico y que se hallan previstos en la Constitución.

Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia 37/1987, de 26 de marzo, F.J. No. 2, cuando señala que:

“la dimensión social de la propiedad privada es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea, y por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito”.

De esta manera, tal y como COLINA GAREA expresa, “la obtención del tipo dominical abstracto es el resultado de una operación espontánea que podríamos denominar <<heterointegración constitucional>>”²⁸⁰.

Luego de esa operación de “heterointegración”, toca entonces corroborar si el derecho, una vez regulado por el legislador, se comprende o

²⁷⁹ STC 11/1981, de 8 de abril, F.J. No. 8.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 364

no en ese tipo abstracto. Para ello, ha de constatarse si concurren o no aquellas facultades que de forma indiscutible resultan identificativas de la fisonomía del tipo abstracto dominical. En este sentido, la aludida sentencia del Tribunal Constitucional No. 11/1981, de 8 de abril, FJ No. 8, señala que:

“Constituye el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así”.

Entonces, deben distinguirse esas facultades que resultan necesarias para identificar la fisonomía del tipo abstracto del derecho con aquellas que devienen como accesorias, de las cuales se puede prescindir sin alterar esa relación de pertenencia del tipo dominical concreto con el derecho abstracto. Que el derecho de propiedad, una vez regulado por el legislador, represente la posibilidad para el titular de la cosa de alcanzar todos los provechos que de ella puedan deducirse.

En definitiva, bajo la idea de la naturaleza jurídica o del modo de configuración del derecho, la esencia de propiedad no se identifica tomando como referencia un criterio cuantitativo de las facultades sustraídas por el legislador sobre un específico derecho de propiedad; por el contrario, obedece a un criterio cualitativo²⁸¹.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 365.

b) Los intereses jurídicamente protegidos.

Siguiendo los términos de la mencionada sentencia, el otro aspecto a utilizar como mecanismo para identificar el contenido esencial del dominio, consiste en tratar de buscar el núcleo, la médula del derecho subjetivo. Identificar la “*esencialidad del contenido del derecho*”; aquella parte de ese contenido que resulta absolutamente necesaria para que esos intereses que dan vida al derecho, sean real, concreta y efectivamente protegidos. De tal manera, se rebasaría o desconocería el contenido esencial cuando el derecho quede sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Así pues, la garantía del contenido esencial dominical no concluye porque sea resguardado el interés del propietario, al exigir además la tutela de su realización efectiva ²⁸².

Hay que tener en cuenta, en este particular, que el interés que se busca proteger jurídicamente bajo la cláusula del Estado Social no abarca solamente al titular del dominio, sino también al interés social de la colectividad. En tal virtud, el interés privado del titular del dominio debe ser satisfecho de manera compatible con los fines inherentes al Estado Social establecido constitucionalmente, lo que sin dudas requiere de una debida ponderación, de forma tal que la realización del interés individual no se convierta en traba intransitable en la consecución de ese interés colectivo, como también, que la protección jurídica del interés social no represente un obstáculo insalvable a la tutela que ha de abarcar al interés del titular del derecho²⁸³.

Lo anterior, permite identificar en el seno de la propiedad privada un

²⁸² Véase a DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema...loc.cit.*, p. 110.

²⁸³ Véase a COLINA GAREA, Rafael, *Ídem*, p. 367.

todo unitario, un poder funcional, en el que se distinguen dos aspectos: el de la libertad y el del deber.

Así, desde el interés del titular (aspecto de libertad) el sentido o finalidad de la protección del derecho radica en la productividad o aprovechamiento derivado de la utilización, sin necesidad de intermediarios, de los bienes sobre los que recae la propiedad constitucional. Un ejemplo de ello lo encontramos en el caso del propietario urbano, cuyo aprovechamiento lo representa la edificabilidad; también, en el caso de la propiedad agraria, donde la productividad se identifica con la explotación de cultivos²⁸⁴.

En lo que respecta al aspecto del deber, el aprovechamiento (sea en el caso del ejemplo de la edificabilidad o en el de la explotación de cultivos) debe ser ejercido *“en el sentido que más convenga a la entera colectividad”*, permitiendo el acceso y participación de todos en la propiedad y en los bienes que de su utilización dimanen (volumen edificable, cesiones gratuitas; conservación de suelos, índices de productividad)²⁸⁵.

Se observa entonces que el equilibrio resulta fundamental, pues, las exigencias derivadas de la cláusula del Estado Social manifestadas en el derecho de propiedad mediante la noción de la función social, no justifican la que se impongan limitaciones tan grandes que hagan de la propiedad privada un poder dirigido a la procura de intereses ajenos; de resultar así, el dominio ya no sería un derecho subjetivo y se convertiría en un poder por el cual el propietario sería un *“funcionario gestor de intereses ajenos”*. En la propiedad privada el “deber” representa un aspecto complementario del “poder”. En este sentido, COLINA GAREA sostiene que ello es el resultado que deriva del derecho que se tiene: *“se debe porque se puede”*; términos éstos que no han de invertirse, toda vez que, si encontramos una figura jurídica de la que se

²⁸⁴ Véase al respecto a BARNÉS, Javier, *La propiedad constitucional en el estatuto del suelo agrario...citada*, p. 292.

²⁸⁵ *Ibidem*.

afirme que “*se puede porque se debe*”, es decir, que las facultades que le son reconocidas al titular devienen de las obligaciones que le son impuestas, la misma no podrá ser calificada de derecho subjetivo perteneciente al tipo dominical²⁸⁶.

c) La idea de la naturaleza jurídica y de los intereses jurídicamente protegidos como técnicas complementarias en la determinación del contenido esencial del dominio.

Siguiendo en la misma línea de la sentencia 11/1981, de 8 de abril, FJ No. 8, hay que decir que los elementos utilizados en aras de precisar una definición lo que pudiera ser entendido por contenido esencial del derecho de propiedad no pueden alternarse, ni ser incompatibles, sino que han de complementarse entre sí, pudiendo ser utilizados de manera conjunta a fin de verificar los resultados a los que pueda derivarse por una u otra vía.

Así pues, “*cuando la imagen del derecho que proyecta su regulación legal no es reconocible con precisión en sus rasgos determinantes como perteneciente a la categoría abstracta teórica de dicho derecho, o cuando, aun siendo reconocible como tal, aparece el derecho en la regulación legal sujeto a limitaciones o dificultades de ejercicio más allá de lo razonable o despojado de la protección necesaria*”, se estaría en presencia de una lesión del contenido esencial²⁸⁷.

En resumen, se puede afirmar de lo dicho hasta aquí, en primer término, que el contenido esencial de la propiedad privada comprende dos

²⁸⁶ Al respecto, obsérvese a COLINA GAREA, Rafael, *La función social de la propiedad...citada*, p. 370.

²⁸⁷ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, “*El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional...ob.cit.*”, p. 190.

elementos inseparables: de un lado, la función individual y la rentabilidad económica y, de otro, la utilidad o función social; seguidamente, que el contenido esencial hace referencia a las facultades indisponibles que integran el derecho; y por último, que para la conciencia jurídica general, el dominio (derecho real por excelencia) se compone de dos facultades: la de goce o aprovechamiento y la de disposición (enajenación o traslación), las cuales, desde un punto de vista de las relaciones jurídico-privadas, no requieren de intermediarios para su explotación directa, suponiendo una posición de ventaja respecto de los derechos reales limitados; mientras que desde una óptica jurídico-pública, es al legislador y, por su remisión, al reglamento, a quienes corresponde lícitamente determinar el tipo de goce o aprovechamiento y de disposición para cada categoría de bienes, bien *“estableciendo que su uso o aprovechamiento sea urbanístico; definiendo lo que es un predio forestal para sujetar su ulterior tráfico jurídico a un concreto régimen legal, o declarando un bien de interés cultural y la consiguiente aplicación de la legislación del patrimonio histórico, etc.”*²⁸⁸

C. Facultades y atributos que integran el contenido esencial del dominio.

El propósito o finalidad inmediata para el cual se reconoce al titular el derecho de propiedad privada, no es otro que el aprovechamiento económico que previene de la utilización del bien; ello es lo que constituye la *esencia o sustancia íntima* del derecho de propiedad. La facultad de goce, pues, forma parte del contenido esencial de la propiedad.

²⁸⁸ Véase al respecto a BARNÉS, Javier, *“El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978...obra citada*, p. 48.

También, hemos visto que el derecho de propiedad privada responde al principio de accesibilidad de la sociedad a los bienes económicos, lo que significa que, al lado de la facultad de goce, le es reconocido al titular el poder de translación, la facultad de disponer de sus bienes, de manera que pueda satisfacer esa exigencia de participación de la sociedad en la vida económica. Además, a ello hay que agregarle que la propiedad es el derecho real que mayor poder otorga sobre los bienes; en consecuencia, si careciera de esa facultad de disposición perdería su peculiaridad, dejaría de ser reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo, ya que se confundiría con los demás derechos reales²⁸⁹.

i. Facultad de goce.

Hemos visto que la Constitución tiene la capacidad de crear conceptos propios, como es el caso de la propiedad; también, que el contenido esencial alude a la sustancia específica del derecho subjetivo que es asumida en la propia norma fundamental, por ello, ha de ser a partir de ese texto jurídico desde donde se efectúe la indagación de los elementos esenciales del dominio.

Así, según la noción común con que la institución dominical es reconocida en la realidad social y en un momento histórico determinado, la facultad de goce se encuentra comprendida en el contenido esencial del derecho de propiedad, por lo cual no puede ser eliminada ni convertida en ilusoria al momento de su regulación como consecuencia de la noción de función social, salvo en el supuesto expropiatorio.

²⁸⁹ Véase al respecto a BARNÉS, Javier, *La propiedad constitucional en el estatuto del suelo agrario...citada*, pp. 315 y 316.

De ahí que, en todo momento, el bien sobre el que recae la propiedad deba representar para el propietario la posibilidad de aprovechamiento o explotación económica sin necesidad de la existencia de intermediarios, sea cual fuere el fin o el sentido para el que se otorga la propiedad misma. Asimismo, aún cuando la regulación constitucional de la propiedad privada no contiene ni garantiza una determinada amplitud del disfrute, sí protege una facultad cualitativamente superior a la de los demás derechos de goce, lo que permite al propietario elegir el destino del bien, no frente a la Administración, pero sí frente a terceros (como pudiera ser en el caso del usufructo, del arrendamiento, etc.), lo que representa una posición de supremacía del goce del propietario, quién no necesita de mediación alguna para la utilización del bien, pudiendo elegir sus relaciones patrimoniales respecto de terceros (ámbito jurídico-privado). Además, si bien la Constitución admite como potestad exclusiva de los poderes públicos (ámbito jurídico-público) la posibilidad de regular la propiedad delimitando las decisiones básicas acerca del destino del bien (facultad de disposición) como de su explotación (decide el tipo de goce que a cada régimen jurídico pudiera serle atribuido), exige que se haga de tal manera que represente un rendimiento en beneficio del propietario, en tanto que la propiedad es superior al de los restantes derechos²⁹⁰.

ii. Facultad de disposición.

Al lado de la facultad de goce encontramos lo que tiene que ver con el poder o facultad de transferencia del derecho, la facultad de disponer de él. Dicha facultad, al igual que la de goce, también se ejercita sin necesidad de

²⁹⁰ Cfr. BARNÉS, Javier, *La propiedad constitucional en el estatuto del suelo agrario...citada*, pp. 316-337.

intermediarios; constituye un elemento esencial que ha de estar siempre presente en el propietario en una medida superlativa con relación al resto de los derechos de tipo patrimonial. Un ejemplo de ello lo encontramos en la capacidad de disponer del bien en caso de muerte, lo cual es reconocido en el derecho a la herencia.

Por otra parte, en razón de la noción de la función social de la propiedad, que se articula en el hecho de hacer accesibles a la colectividad las diversas formas dominicales, pudiendo delimitar los poderes públicos su contenido normal, es decir, que decidan el tipo de disposición que ha de hacerse sobre el dominio en el sentido en que más beneficie socialmente, sin que por ello pueda pretenderse indemnización alguna; la violación del contenido esencial del dominio se materializaría si se impidiera al propietario la posibilidad de enajenarlo, ya que se limitaría el acceso de todos a la propiedad.

Así pues, la facultad de disposición siempre ha de estar presente en el derecho de propiedad, no debe ser sustraída del titular del dominio, puesto que, de lo contrario, se desfiguraría²⁹¹.

D. Una nota sobre el contenido esencial del dominio en el caso de Venezuela: El criterio jurisprudencial.

El texto fundamental venezolano contempla expresamente en el artículo 115, como atributos o facultades del derecho de propiedad, el uso, goce, disfrute y disposición de los bienes de manera exclusiva, sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en la ley por

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 338 y ss.

motivos de utilidad pública y de interés general; atributos que, como se ha visto, se identifican con aquello que ha de ser entendido como el contenido esencial del dominio, en su condición de concepto jurídico indeterminado. Despeja así la Constitución de 1999 cualquier duda sobre los atributos que representan lo esencial de la propiedad de cara al grado de satisfacción que producen en el titular del derecho, esto es, que luego de las regulaciones efectuadas en virtud de las nociones de utilidad pública e interés general, deberá tributar el derecho de propiedad alguna utilidad privada para el titular²⁹².

El juez venezolano, como intérprete último de la Constitución y de la Ley, apoyado en muchos casos en los criterios del juez español, ha precisado también que se infringe o viola la garantía constitucional del derecho de propiedad cuando se extralimita o se desconoce el contenido esencial, bien por haberlo dejado sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable, o porque lo hayan despojado de la necesaria protección. Así, en distintas decisiones se ha pronunciado en este sentido, por lo cual haremos mención a algunas de ellas que, por sus implicaciones, hemos considerado que revisten mayor connotación entre tantas otras.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en la sentencia del 27 de enero de 1994, caso *“Parque Nacional Los Médanos de Coro”*, consideró que el quebrantamiento de la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad, al ser ejercidas las potestades de limitación, debía estar

²⁹² Vid. RAFFALLI A., Juan M. “La afectación del derecho de propiedad mediante Decretos-Leyes dictados en ejercicio de Leyes Habilitantes”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Estudios de Derecho Civil, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Volumen II, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 5, Caracas, 2002, pp. 338 y 339.

acompañada de la respectiva indemnización para que pudiera considerarse válida. En efecto, dicha decisión dispuso resumidamente lo siguiente:

“Contemporáneamente los textos constitucionales y legales no circunscriben la indemnización únicamente a la pérdida de la propiedad por expropiación, o por los hechos ilícitos de la Administración, sino que la extienden a cualquier lesión a derechos o intereses legítimos, por ejemplo, las privaciones singulares de los atributos esenciales de la propiedad, a pesar de que provengan de sus actos lícitos. En este sentido, si se sigue el lineamiento clásico, sólo habría indemnización por expropiación, cuando se diera un efecto ablatorio, vale decir, cuando se extinga el dominio como consecuencia del ejercicio de una potestad expropiatoria o si existen daños por la anormalidad o defectos de los servicios públicos. Sin embargo, el derecho a la indemnización, nace también, cuando se afecten en forma ostensible los atributos fundamentales de la propiedad, que signifique una lesión actual y cuantificable para el titular del dominio”.

Más adelante, dicha decisión señaló que:

“Conforme a esta posición, que se abre paso en la mejor doctrina, la limitación que incida en las actividades privadas realizadas por el propietario, como ejercicio de los derechos de uso y disfrute de la propiedad, resultaría indemnizable, aunque no exista expropiación o pérdida de la misma”.

(...) “En este caso, es claro que el simple impacto fáctico y jurídico que implica la declaratoria de Parque Nacional, per se, puede no enervar sustancialmente la producción cierta de un fundo afectado, pero hay casos, cuando esta producción preexistente, por ejemplo, o se impide de manera absoluta, que sí constituyen derechos tangibles, cuya exclusión, limitación o prohibición, lleva consigo evidentemente un daño patrimonial evidente, no querido, que debe ser indemnizado, por significar una pérdida de sus derechos de uso o disfrute”²⁹³.

²⁹³ La referencia es tomada de RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y

Posteriormente, la misma Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en la decisión de fecha 12 de agosto de 1998, reiterará tal criterio al sostener que:

“observa esta Sala que efectivamente la regulación del uso de una parcela no puede llegar al extremo de destinarla al uso público, sin que ello se encuentre acompañado necesariamente de una indemnización expropiatoria. Las normas sobre zonificación pueden someter el derecho de propiedad a las limitaciones que se estimen pertinentes y, en tal sentido, regular su uso permitiendo determinadas actividades o la instalación de determinado tipo de negocios. Ahora, no puede en modo alguno obligar al propietario, sin que ello dañe el núcleo central del contenido del derecho de propiedad, al mantenimiento de un uso colectivo del bien inmueble. Ello es, precisamente, lo que inconstitucionalmente hace la norma contenida en el artículo 23 cuestionado, ya que obliga al propietario a mantener, no un uso que contenga un haz de posibilidades que no lleven necesariamente a que haga un uso colectivo de la propiedad, tal como por ejemplo el de R-10 y Comercio Metropolitano, sino un uso específico colectivo como lo es el de “coso”. La única forma de equilibrar los intereses colectivos en el presente caso, que aparentemente en criterio del Municipio demandarían la existencia del referido “coso” con el interés privado de edificar una obra, es haciendo uso de la potestad expropiatoria en sentido amplio, es decir indemnizando al propietario por la exorbitante carga que, en violación del principio de la igualdad ante las cargas públicas, se le hace sufrir. Dado que en el presente caso ello no ocurre así, sino que simplemente se pretende mantener el uso colectivo de “coso” del bien a costa del sacrificio del interés particular, vaciando de contenido el derecho de propiedad y

Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 1994”, *Revista de Derecho Público*, No. 57-58, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 198 y ss.

*sometiéndolo a una carga pública exorbitante sin que medie indemnización alguna, resulta claro que se viola la garantía del derecho de propiedad prevista en el artículo 99 de la Constitución*²⁹⁴.

La misma Corte Suprema de Justicia, ahora en Sala Plena, en la sentencia del 13 de abril de 1999, al referirse al contenido esencial del derecho de propiedad, señalará que:

“Se trata de un derecho constitucional que tiene como límites, por una parte, obviamente, el “derecho de los demás” y, por otra parte, la que imponga el legislador en virtud del interés público o social. Ahora bien, la limitación que a tal derecho se imponga no puede suponer una afectación tal que implique una absorción de sus facultades al punto de eliminarlo. Siendo ello así, no se estaría garantizando en modo alguno dicho derecho, sino que se estaría atentando directamente contra su existencia. Es decir, el derecho de propiedad puede ser limitado en la mayoría de sus atributos, pero ello no puede pasar del límite en virtud del cual se considere inexistente. Existe un núcleo central de dicho derecho que no es susceptible de ser afectado por el legislador. Ahora bien, conforme al artículo 99 de la Constitución, el derecho de propiedad tiene una función; es decir, está reconocido en virtud de una finalidad que debe cumplir. Tal función precisamente ha sido calificada como social. Ello implica que el derecho de propiedad en nuestro país debe ser socialmente útil. Ahora bien, la forma como el legislador puede hacer socialmente útil la propiedad es, precisamente, haciendo uso de la facultad, derivada de la norma en comento, de someter al titular del derecho de propiedad a contribuciones, restricciones y obligaciones vinculadas a la condición de propietario con fines de utilidad pública o de interés general. En todo caso,

²⁹⁴ La referencia de la sentencia es tomada de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA/IESA, Caracas, 2004, p. 224; asimismo, de GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, p. 308.

debe advertirse que el legislador no tiene una posibilidad ilimitada para establecer tales contribuciones, restricciones y obligaciones, ya que al estar garantizado el derecho de propiedad, siempre deberá respetar ese núcleo central que de resultar afectado, supone entonces la no garantía del mismo”²⁹⁵.

Por su parte, y ya bajo la vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión No. 906/2001, de fecha 01 de junio, expresó:

“las limitaciones que establezca la propia Constitución y las leyes de un derecho fundamental, no implican en modo alguno que el mismo se haga nugatorio o que sea infringido, toda vez que para que exista tal menoscabo, debe verse afectado el núcleo esencial del derecho constitucional que se denuncia vulnerado, esto es, su contenido esencial como las características mínimas que lo consagran como derecho fundamental, y no el ejercicio de sus diversas manifestaciones”²⁹⁶.

Posteriormente, en el caso *“Federación de Ganaderos de Venezuela”*, según decisión del 20 de noviembre de 2002, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al constatar la violación del contenido esencial del derecho de propiedad, declaró la inconstitucionalidad de la norma en los términos que se exponen seguidamente:

“El derecho a la propiedad es un derecho esencialmente limitable, dado su utilidad social, pero dicha limitación no puede suponer un desconocimiento del derecho, por su rango constitucional, una absorción

²⁹⁵ La cita de la sentencia puede consultarse en GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, pp.308 y 309.

²⁹⁶ La referencia de la sentencia es tomada de CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...citada*, p. 320.

de las facultades del propietario al extremo que llegue a eliminarlo, pues de ese modo no se estaría garantizando esa protección que la Constitución le otorga. De tal manera que, siendo que con la norma en referencia se desconoce de manera absoluta el derecho a la propiedad sobre las bienhechurías realizadas por los ocupantes de las tierras del Instituto Nacional de Tierras, esta Sala declara la nulidad del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Así se decide”²⁹⁷.

También, en decisión de fecha 24 de febrero de 2006, la mencionada Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia expresó en torno a la violación del contenido esencial del derecho de propiedad, lo siguiente:

“En este sentido, se observa que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene dado en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a esa clase y tiene que quedar comprendido en otro, desnaturalizándose así de alguna manera. Todo ello no puede ser considerado aisladamente al momento histórico, al caso de que se trate y a las condiciones inherentes a toda sociedad democrática, cuando se esté en presencia de derechos constitucionales”.

“Determinación la cual, puede ser entendida como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente tutelados. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan

²⁹⁷ La sentencia es tomada de la página web: <https://vlexvenezuela.com/vid/fedenaga-283479703>.

*más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*²⁹⁸.

4. LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD: LA RESERVA ESPECÍFICA DE LEY.

Hemos mencionado en el Capítulo I de esta investigación, que el artículo 53.1 de la Constitución Española consagra una reserva genérica para la regulación de los derechos y libertades previstas en el Título I. Igualmente, expresamos que la Constitución Venezolana si bien no contenía expresamente una cláusula genérica de reserva legal en materia de derechos y garantías constitucionales, dicha noción podíamos extraerla del artículo 156, numeral 32.

Partiendo de esos postulados, observamos que a lo largo de ambos textos constitucionales se encuentran diseminadas distintas reservas legales específicas e independientes, cuyo objeto no es, precisamente, el de un derecho subjetivo. De ahí, que debamos entonces precisar el objeto de la reserva específica que, en el caso del derecho de propiedad, se encuentra presente en el artículo 33.2 de la Constitución de España y en el artículo 115 del Texto Fundamental Venezolano. En este caso (en la propiedad), hay que notar, que tal reserva se encuentra ceñida a la delimitación legal del contenido de ese derecho y no a algo distinto, como sucede con otros derechos y libertades en los cuales la reserva es extensiva a la organización o funcionamiento del servicio que se requiere para la eficacia de ellos.

²⁹⁸ La referencia de la jurisprudencia es tomada de RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2006", en *Revista de Derecho Público*, No. 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 86.

En efecto, en los mencionados preceptos (arts. 33.2 CE y 115 CRBV) se apodera al legislador para regular específicamente la delimitación o configuración del contenido material del derecho de propiedad, de acuerdo a una directriz precisa, como lo es la noción de función social en el caso español, y de utilidad pública o interés general en el caso venezolano, como parte integrante del derecho mismo.

De esta manera, pudiéramos decir de modo general, que el legislador se encuentra habilitado para desarrollar la generalidad de derechos, libertades y garantías constitucionales, contengan o no reservas concretas en cada uno de ellos, debiendo respetar en todo momento la garantía de contenido esencial, lo que, a su vez, presupone la existencia de un contenido constitucional previo que también ha de ser respetado por el legislador.

En el caso de la propiedad, además de lo reseñado, el legislador se encuentra condicionado a la satisfacción de la noción de función social o la de utilidad pública o interés general del derecho de propiedad, como *“ingrediente material a su configuración constitucional, a su diseño arquitectural”*. Así, esta reserva específica legitima al legislador para determinar el régimen estatutario de cada forma dominical, siempre y cuando respete la garantía sustantiva del contenido esencial del derecho de propiedad. En efecto, puede asignar (el legislador) los usos a cada categoría de bienes; tiene un amplio margen en la elección del tipo de goce y disposición (usos genéricos y específicos), como también la completa graduación del dominio; empero, le está vedada su supresión, debiendo procurar, en todo momento, la existencia de un aprovechamiento que beneficie al titular²⁹⁹.

La noción de función social o de utilidad pública o de interés general,

²⁹⁹ Véase a BARNÉS, Javier, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario...obra citada*, pp. 460-464.

entonces, se erige como el elemento relevante para disciplinar los diversos regímenes jurídicos del derecho de propiedad. Representa una regla, una obligación para el legislador (no una potestad facultativa), quién a la hora de cumplimentar el derecho de propiedad en las distintas categorías de bienes, debe hacerlo con arreglo a los intereses sociales puestos en juego.

Así pues, el sentido preciso de la reserva legal específica no es otro que el desarrollo material del contenido constitucional del derecho de propiedad; *“conciliar los intereses individuales, sociales y públicos que subyacen en el contenido del derecho de propiedad, a través del legislador democrático que en cada caso cuente con la mayoría política suficiente”*³⁰⁰. En efecto, la conciliación de tales intereses, el *“aprovechamiento del titular con eficacia difusiva, son los elementos que gravitan alrededor de la decisión pública del tipo de goce o disposición en aras del disfrute económico de los bienes”*³⁰¹.

Es preciso señalar, que la delimitación que efectúe el Legislador en razón de la habilitación que le es reconocida por la reserva legal específica, no comprende un deber de indemnización al titular por parte del Estado, toda vez que supone una simple delimitación conformadora del contenido del derecho fundamentada en la noción de función social o de utilidad pública o interés general. Sólo cuando se produzca una privación de todo o parte del derecho, o se rebase o menoscabe el contenido esencial dominical, podrá considerarse que tal delimitación tiene naturaleza expropiatoria, lo que daría lugar a la correspondiente indemnización³⁰².

Hay que notar, por otra parte, que la reserva legal específica contenida en ambos ordenamientos para el derecho de propiedad, ha de adoptar la

³⁰⁰ Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...obra citada*, p. 415.

³⁰¹ Vid. BARNÉS, Javier, *ibídem*, p. 466.

³⁰² Véase a CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, *Las servidumbres administrativas. (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, editorial Lex Nova, 2003, pp. 58 y 59.

forma jurídica de la ley formal ordinaria. En efecto, ya tuvimos oportunidad de señalar que, en el caso de España, la garantía de reserva legal prevista para el derecho de propiedad era la de la ley ordinaria, dada la ubicación sistemática de dicho derecho en el Texto Fundamental y el carácter de derecho subjetivo debilitado que le es atribuido por la jurisprudencia, que no le hace gozar de la protección constitucional de amparo ni de la doble garantía de la reserva legal (carácter orgánico de la Ley) prevista para el resto de los derechos subjetivos del Título I, Capítulo II, Sección 1°. En el caso de Venezuela, se ha visto que no existe tal exclusión, sino que su desarrollo general, global, pudiera ser objeto de regulación bajo la forma jurídica de la ley orgánica consagrada en el artículo 203 constitucional. Sin embargo, en decisión del caso *“Ley Orgánica del Sistema Venezolano para la Calidad”*, de fecha 31 de julio de 2002, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señaló que:

“no podrá extenderse el sentido del primer párrafo del citado artículo 203 con el fin de dar cabida en él a proyectos de leyes orgánicas que, por ejemplo...b) rocen aspectos secundarios de algún derecho fundamental, ya sea por consagrar alguna modalidad en su ejercicio o por establecer ciertas condiciones o restricciones a su goce, sin que tal regulación constituya un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales de tales derechos fundamentales, o una restricción no autorizada por la propia Constitución de los mismos”³⁰³.

De ahí, que la reserva específica prevista en el artículo 115 de la Constitución de 1999 sobre el derecho de propiedad, también deba ser ejercitada bajo la forma jurídica de la ley ordinaria.

³⁰³ Véase al respecto a CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, UCAB, Caracas, 2006, p. 68.

Igualmente, ambos ordenamientos no establecen una reserva absoluta, rígida o completa a favor de la ley para la regulación del derecho de propiedad, por lo que es posible que la ley llame a la colaboración reglamentaria.

Sin embargo, ello no implica la posibilidad de regulación mediante “*reglamentos independientes*”³⁰⁴, pues, “*en la materia relativa a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos ha quedado formalmente excluido*” del ordenamiento español, tal y como declaró el Tribunal Constitucional, en sentencias de 22 de junio y 22 de diciembre de 1987, de 26 de abril de 1990, de 14 de enero, 15 de abril y 1 de julio de 1991³⁰⁵, mientras que en el ordenamiento venezolano tal figura no se encuentra regulada.

La reserva de ley bajo estudio, implica también la “*interdicción de la deslegalización*”, entendida ésta como la operación que efectúa una ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por una ley anterior, lo coloca a la disposición del reglamento. Así, una ley de deslegalización opera como “*contrarius actus*” de la ley anterior de regulación material, no para innovar directamente tal regulación, sino que se degrada formalmente el rango de la misma para que pueda ser modificada en lo adelante por simples reglamentos³⁰⁶.

Precisado lo anterior, se admite una amplia esfera al reglamento, especialmente en lo que respecta al ámbito de ordenación del territorio y urbanismo, toda vez que las condiciones de tiempo y lugar resultan con frecuencia incompatibles con las normas generales y abstractas, lo que legitima la remisión a la Administración para completar la regulación por ser

³⁰⁴ Ello operaría sólo en el caso español, ya que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no contempla esa figura jurídica.

³⁰⁵ Véase al respecto a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 249.

³⁰⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *ibidem*, p. 277.

la encargada del planeamiento territorial³⁰⁷.

Lo expuesto ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional de España en la citada sentencia de 26 de marzo, No. 37/1987, F.J. No. 3º, al señalar que:

“...El art. 33.2 de la propia Constitución flexibiliza la reserva de Ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por la Ley, pero también por la Administración «de acuerdo con las Leyes» cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla. Prohíbe esta concreta reserva de Ley toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse...”

Hay que destacar, sin embargo, que la amplitud del reglamento no puede implicar una abdicación de la ley en la regulación del núcleo o contenido esencial del derecho; por el contrario, la ley debe incluir por sí misma todo lo indispensable de esa regulación para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley misma. Efectivamente, *“la remisión debe contener una expresión de contenido delimitado y, cuando suponga*

³⁰⁷ Cfr. a BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978...ob.cit., p. 51.

entregar a la decisión reglamentaria regulaciones de fondo, la enunciación de los criterios y principios con los cuales puede llegarse a ella". Por ello, no sería legítima una entrega formal simple, ya que equivaldría a una deslegalización³⁰⁸.

Al respecto, y como crítica al supuesto carácter flexible de la reserva contemplada en el artículo 33.2 constitucional contenido en la citada sentencia, REY MARTÍNEZ expresa que en dicha norma *"opera justamente lo contrario: la prohibición de la remisión de la regulación esencial de la propiedad y su función social a la potestad reglamentaria de la Administración. El artículo 33.2 CE exige un marco legal para la delimitación normativa de derecho de propiedad, y con ello viene a especificar para éste la prohibición general destinada al legislador en el artículo 53.1 CE de entregar la regulación esencial de los derechos del capítulo segundo del título primero al reglamento"*³⁰⁹.

En sentido similar a esta posición doctrinaria, pero desde lo que concierne al ordenamiento venezolano, en decisión del 22 de junio de 2000, el Tribunal Supremo de Justicia a través de la Sala Político Administrativa, con motivo del caso *"Wilfredo Díaz"*, señaló que:

*"el principio de la reserva legal constituye una de las garantías esenciales del Estado de Derecho que constituye una limitación a la potestad reglamentaria y un mandato específico del constituyente al legislador para que sólo éste regule ciertas materias en sus aspectos fundamentales"*³¹⁰.

³⁰⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *ibídem*, p. 272.

³⁰⁹ Véase a REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...citada*, p. 415.

³¹⁰ La referencia es tomada de RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 2000", *Revista de Derecho Público*, No. 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 200.

Por su parte, la Sala Constitucional del mismo Tribunal también se pronunció sobre la reserva legal en materia del derecho de propiedad y la remisión del Legislador a la colaboración del Reglamento. Así, en sentencia del 9 de agosto de 2000, declaró que:

“si bien la propiedad es un derecho sujeto a determinadas limitaciones que deben encontrarse acorde con ciertos fines, tales como la función social, la utilidad pública y el interés general, tales limitaciones deben ser establecidas con fundamento en un texto legal, o en su defecto reglamentario que encuentre remisión en una Ley, no pudiendo, en caso alguno, establecerse restricciones de tal magnitud que menoscaben en forma absoluta tal derecho de propiedad”³¹¹.

Así pues, la reserva de ley específica consagrada en el derecho de propiedad es una reserva *“especialmente intensa y cualificada”³¹²*, es *“algo más que una mera reserva legal”³¹³*, ya que comprende, por una parte, la propia reserva de ley específica, que obliga al propio legislador a la regulación por él mismo del régimen de la propiedad; por la otra, el legislador debe garantizar que la regulación por él efectuada sobre el régimen dominical, sea de modo que no vulnere su contenido esencial. En otras palabras, la reserva legal específica del derecho de propiedad pretende garantizar el contenido dominical, confiando al legislador la complitud del contenido esencial y la determinación de las condiciones básicas que aseguren la igualdad de todos en el ejercicio de sus derechos

³¹¹ La referencia es tomada de GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido...ob.cit.*, p. 200.

³¹² Vid. BARNÉS, Javier, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario...loc.cit.*, p. 471.

³¹³ Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...obra citada*, p. 417.

constitucionales³¹⁴.

Es preciso señalar también, que en materia dominical es posible que el Gobierno de la Nación pueda dictar normas con rango y fuerza propias de la ley (Decreto-ley), tal y como pauta el artículo 86.1 de la Constitución Española, lo cual tiene carácter excepcional y procede en casos de extrema urgencia. En efecto, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia No. 6/1983, de 4 de febrero, sostuvo que:

“...no toda incidencia en la propiedad convierte en constitucionalmente ilegítimo el Decreto-ley por infracción del artículo 33 CE...”.

También en la sentencia No. 111/83, de 2 de diciembre, FJ No. 8º, el Tribunal Constitucional admitió la posibilidad de ordenar el régimen dominical mediante la figura del Decreto-ley, haciendo una interpretación del empleo de la expresión “*afectar*” contenida en el artículo 86.1 de la Constitución, al ser ese el término utilizado para limitar el ejercicio de esa figura jurídica en materia de derechos, deberes y libertades consagrados en el Título I de la norma fundamental. Tal decisión expresó lo siguiente:

“...la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el art. 86.1 de la C.E., se sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo «afectar» de un contenido literal amplísimo; como con tan exigua base se conduce a la inutilidad absoluta del Decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el Título I, es claro que

³¹⁴ Véase a BARNÉS, Javier, *Ídem*.

tal interpretación, fácilmente reducible ad absurdum, tampoco puede ser aceptada, ni la aceptó el Tribunal en su Sentencia de 4 de febrero de 1983 (fundamento jurídico sexto) («Boletín Oficial del Estado» del 9 de marzo). Entre una y otra líneas interpretativas, ambas, por extremas, rechazables, la cláusula restrictiva del art. 86.1 de la C.E. («no podrán afectar...») debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto- ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución «del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual» (fundamento 5, Sentencia de 4 de febrero de 1983), ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni dé pie para que por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos...”.

Sobre lo anterior se ha señalado que, más allá de los detalles propios del asunto objeto de esa decisión, la doble reserva de ley del derecho de propiedad (tanto de ella misma y su función social – art. 33.2 CE – como de su eventual expropiación forzosa – art- 33.3 CE), pone de manifiesto la imposibilidad de admitir limitaciones que le afecten severamente mediante un Decreto-ley, ya que, si bien a través de las regulaciones que bajo la vigencia de éste - dadas sus particulares características - pudiera verse afectado el régimen dominical de manera indirecta, una situación muy diferente sería la privación severa del dominio, independientemente que exista una indemnización. Así, se violarían las reservas de ley de los números 2 y 3 del artículo 33 de la Constitución, si se procediera a regular con carácter general el derecho de propiedad y su función social, así como a expropiar en particular a través del Decreto-ley, ya que la condición principal para que se encuentre justificada la procedencia de la limitación a través del Decreto-ley, es que la Administración se encuentre imposibilitada de obtener el mismo efecto en uso de las potestades que ordinariamente le son reconocidas por el

ordenamiento jurídico³¹⁵.

Más allá de lo expuesto, tal y como expresa PAREJO ALFONSO, la doctrina constitucional sobre la viabilidad del Decreto-ley se puede sintetizar en la sentencia del Tribunal Constitucional No. 11/2002, de 17 de enero, la cual recoge los criterios de las sentencias del mismo Tribunal Nos. 29/1982, de 31 de mayo; 6/1983, de 4 de febrero; 111/1983, de 2 de diciembre; 29/1986, de 20 de febrero; 23/1993, de 21 de enero; 225/1993, de 8 de julio; y 182/1997, de 28 de octubre; la cual precisa lo siguiente: i) Que es posible que el Decreto-ley, siempre que se cumplan los requisitos constitucionales exigibles, establezca las disposiciones legislativas que contengan bases o normas básicas, pero las razones de extraordinaria y urgente necesidad no amparan preceptos deslegalizadores; y ii) Las razones por las cuales se acuerde por los órganos políticos una situación de extraordinaria y urgente debe ser suficientemente explícita y razonada, de manera que exista la debida adecuación y congruencia entre el presupuesto habilitante y las medidas que por medio del Decreto-ley se adopten³¹⁶.

En el caso venezolano, la Constitución de 1999 prevé en el artículo 203 la potestad de la Asamblea Nacional de delegar en el Presidente de la República, y bajo los límites materiales y temporales que ella misma imponga, la potestad de legislar, lo que habilita al Presidente para dictar, en Consejo de Ministros, y conforme el artículo 236.8 también constitucional, Decretos con fuerza de Ley, pudiendo entonces imponer contribuciones, cargas, limitaciones o restricciones sobre el derecho de propiedad, sin necesidad de acudir al proceso de formación de leyes previsto en los artículos 202 y 215 de la Constitución³¹⁷.

³¹⁵ Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad...citada*, pp. 420-429

³¹⁶ Véase al respecto a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...obra citada*, pp. 290 y 291.

³¹⁷ Cfr. RAFFALLI A., Juan M., *La afectación del derecho de propiedad...obra citada*, p. 342.

CAPÍTULO III

LA EXPROPIACIÓN COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

a) Situación en España.

Al igual que sucede con el derecho de propiedad, la Constitución tampoco brinda una definición explícita de la expropiación. En efecto, el artículo 33.3 del Texto Fundamental prevé textualmente lo siguiente:

“Artículo 33.

(...)

3. *Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”*

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que el concepto de expropiación o privación forzosa se halla implícito en el citado precepto (art. 33.3 CE), debiendo entenderse por tal *“la privación singular de la propiedad privada o de derechos e intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o de interés social”*³¹⁸.

Así, el Tribunal Constitucional le otorga vigor constitucional a la fórmula del artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954³¹⁹, como

³¹⁸ Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional Nos. 108/1986, de 29 de julio; 37/1987, de 26 de marzo; 99/1987, de 11 de junio; y 227/1988, de 29 de noviembre, F.J. No. 11.

³¹⁹ Dicho precepto legal es del tenor siguiente:

expresión del alcance de la garantía del derecho de propiedad contenida en el artículo 33 del Texto Fundamental y del propio concepto de expropiación que dicho artículo utiliza; concepto éste de expropiación que, al igual que el de propiedad, contiene las notas de generalidad y abstracción³²⁰.

Esta definición abarca entonces cualquier alteración que sufra alguna situación jurídica patrimonial, real u obligacional, lo que incluye a los bienes muebles e incorporeales, así como los intereses patrimoniales legítimos. Igualmente, no se requiere de una privación plena, ya que basta con la ablación de una parte del haz de facultades o utilidades que comprenden al derecho de propiedad (la expropiación se verifica así suponga únicamente la imposición de un *“censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación del ejercicio de un derecho”*)³²¹.

También ha señalado la jurisprudencia que la expropiación consiste en un negocio jurídico de Derecho Público, derivado del ejercicio de la correspondiente potestad por parte del Poder Público, resultando fundamentales para el sujeto pasivo de dicha potestad la presencia de determinadas garantías. Dicho negocio goza de formalidad, pues exige la presencia y actuación de una Administración Pública que ha de ejercer su potestad a través de un procedimiento legalmente determinado y para un objeto preciso: *“la privación singular de una situación jurídica de contenido patrimonial protegida por el ordenamiento (a título de derecho subjetivo o*

“Artículo 1.

1. *Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio...”*

³²⁰ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 9º edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 218.

³²¹ Cfr. a PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte General*, 15º edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 581.

simple interés legítimo) y regida por el Derecho privado o común (lo que excluye a los bienes de dominio público y los comunales, sujetos – incluso por prescripción constitucional – a un régimen de Derecho público mientras dure su afectación, es decir, su sujeción a dicho régimen)”³²².

Es importante señalar, que el supuesto típico expropiatorio es el llevado a cabo por la Administración Pública (expropiación administrativa, clásica o en sentido estricto), que se adapta completamente a las previsiones del artículo 33.3 de la Constitución y del artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa. Esta forma de expropiación es la que ofrece mayores garantías: procedimiento previamente establecido con carácter general, actuación sucesiva de dos poderes públicos (el Legislativo y la Administración), y – quizás lo más resaltante – efectividad de la tutela judicial (artículo 24.1 CE) frente a los actos administrativos expropiatorios³²³.

No obstante, también encontramos otras clases de expropiaciones que, si bien tienen carácter excepcional por su infrecuencia, tienen plena vigencia en el ordenamiento jurídico. Nos referimos a las denominadas expropiaciones legislativas, que se materializan cuando el propio legislador, a través de “*Leyes especiales o Leyes medida*”³²⁴, dispone directamente la expropiación de concretos bienes y derechos, privando a su titular desde la propia ley y en razón de su mandato (ley singular)³²⁵. Se tratan de expropiaciones singulares que, al igual que sucede con las “*expropiaciones administrativas*”, se encuentran reguladas bajo el precepto del artículo 33.3

³²² Véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, p. 820.

³²³ Al respecto, confróntese a BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos. España, Alemania, Francia, Italia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 51.

³²⁴ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...obra citada*, p. 821.

³²⁵ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración*, BOE, Madrid, 2015, p. 385.

Constitucional, por lo que rige también para el legislador el respeto de las garantías de *“justa causa, procedimiento legal e indemnización”*, cuya observancia por éste es susceptible de control por parte del Tribunal Constitucional³²⁶.

Se cuestiona a este tipo de operaciones legislativas ya que con ellas se produce un menoscabo de las garantías judiciales del particular, en concreto, lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), toda vez que la revisión judicial que se efectúa sobre los actos administrativos en la jurisdicción contencioso-administrativa es más penetrante y rigurosa que aquella que le es dada a realizar al Tribunal Constitucional respecto del legislador, como también, el hecho de no poder contar con el recurso de amparo (art. 53.2 CE)³²⁷.

Sobre esta clase de expropiaciones, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ señalan que no son figuras novedosas; a tal efecto, citan la Ley de Presupuestos de 30 de junio de 1892, dictada para organizar el monopolio de cerillas; el Decreto-Ley de 28 de junio de 1927, que organizó el monopolio de petróleos; la ley de 24 de enero de 1941, con la cual se creó la RENFE (si bien dicha operación no se calificó formalmente de expropiación, ya que la Ley de Expropiación de 1879 - vigente para la época - no permitía esa calificación, sino de *“unificación de la fecha de reversión”* de las concesiones ferroviarias preexistentes, materialmente consistió en una expropiación a tenor de la cláusula general del artículo 1 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa; igualmente, la Ley de 14 de abril de 1962, de bases para la ordenación del crédito y la banca. También bajo la luz de la actual Constitución se han producido este tipo de expropiaciones de parte del legislador. En efecto, la Ley de 8 de noviembre de 1979, en donde el sector

³²⁶ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...ob. cit.*, p. 821.

³²⁷ BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”...*obra citada*, p. 52.

público asume el metropolitano de Madrid, dispuso la expropiación de las acciones de la compañía concesionaria. Sin dudas que el supuesto más controvertido de este tipo de expropiaciones lo constituye el Real Decreto-Ley de 23 de febrero de 1983, mediante el cual se acordó la expropiación de la totalidad de las acciones representativas del capital de las sociedades del grupo RUMASA, al que sucedió luego, en aplicación del mecanismo previsto en el artículo 86.3 de la Constitución, la Ley de 29 de junio de 1983³²⁸.

Por su parte, PARADA sostiene que la expropiación legislativa singular y directa no se encuentra prevista en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, ni el artículo 33.3 de la Constitución, donde el efecto traslativo de la propiedad se produzca *ex lege*, como sí sucede en la Ley Fundamental de Bonn, que expresamente prevé en el artículo 14 la posibilidad de que la expropiación sea efectuada *“únicamente por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y cuantía de la indemnización”*. Considera el mencionado autor que, además, este tipo de leyes quebrantan las reglas que la Constitución dispone sobre el reparto de competencias, omiten el trámite de audiencia previa del interesado afectado previsto en el artículo 105 c) de la Constitución y, en definitiva, privan al expropiado de cualquier derecho de defensa judicial ulterior al ser las leyes judicialmente inatacables³²⁹.

Además de las expropiaciones singulares a que hemos aludido, hay que hacer referencia aquí al supuesto cuando el legislador, al tiempo que delimita con carácter general el régimen de cada expresión de la propiedad, suprime o desnaturaliza por completo las facultades de goce o de disposición.

Como hemos visto en el capítulo precedente de esta investigación, el régimen jurídico dominical, en sus distintas formas de expresión, es

³²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...ob.cit.*, p. 215.

³²⁹ PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I...citada*, pp. 574-577.

delimitado por la ley, la cual define su contenido normal (determina el contenido material de las facultades de goce y disposición), no pudiendo por ello deducirse pretensión de indemnización alguna (delimitaciones no indemnizables), ya que el legislador debe, en todo caso, respetar el contenido esencial dominical por expresa disposición del artículo 53.1 del Texto Constitucional. *“No hay garantías frente a las delimitaciones, sólo hay garantías expropiatorias”*³³⁰.

En efecto, la delimitación o regulación general del derecho de propiedad, si bien son medidas que representan una configuración *“ex novo”* que cambia la realidad normativa previa, e implican una reforma restrictiva del derecho subjetivo o la limitación de algunas de sus facultades; en tanto no priven singularmente de las mismas a sus titulares, no se encuentran vedadas por la Norma Constitucional, ni motivan por sí solas a una indemnización, pues se encuentran justificadas en las exigencias de la noción de la función social.

Pero ¿qué sucede si tales limitaciones impuestas por la ley general suponen desconocer el contenido esencial de la propiedad?

El Tribunal Constitucional ha dado respuesta a tal interrogante en las sentencias Nos. 227/1988, de 29 de noviembre, F.J. No. 11, y 149/1991, de 4 de julio (la cual repite la decisión antes mencionada), con relación a los recursos de inconstitucionalidad introducidos en contra de la Ley de Aguas de 1985 y la Ley de Costas de 1988, ambas absolutamente generales, que *“ampliaron notablemente la extensión del dominio público hidráulico, la primera, y del dominio público marítimo, la segunda, poniendo fin por su sola eficacia normativa a situaciones de propiedad privada sumamente extendidas hasta entonces en los respectivos espacios hidráulico y*

³³⁰ Vid. BAÑO LEÓN, José María, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 24. Septiembre-Diciembre, 1988, p. 164.

marítimo”. Estas leyes no sólo atentaban contra el contenido esencial del derecho de propiedad, sino que lo “destruían”, y contemplaban que los propietarios efectuaran la transmisión forzosa de sus bienes al propio Estado regulador, sin prever, en tales casos, alguna; no obstante, no disponían alguna contraprestación o indemnización (o por lo menos no en una cantidad suficiente que permitiera equilibrar la totalidad de la pérdida sufrida)³³¹.

En la sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, F.J. No. 11, el Tribunal Constitucional enlazó el concepto formal (útil para las expropiaciones singulares de la Administración o del Legislador) con el concepto material de la institución expropiatoria (de utilidad cuando el legislador norma los derechos de tipo patrimonial con carácter general), poniendo de relieve la unión o nexo existente entre el artículo 33.2 de la Constitución (función social) y el artículo 33.3 *eiusdem* (expropiación), con la doctrina del contenido esencial (art. 53.1 CE) que resulta aplicable al derecho de propiedad (art. 33.1 CE)³³².

La decisión en cuestión se encuentra sintetizada en la sentencia del Tribunal Constitucional No. 204/2004, de 18 de noviembre, F.J. No. 5, *in fine*, cuyo contenido constituye un verdadero pilar de la jurisprudencia, a saber:

“Debe entenderse por (expropiación forzosa) la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o de interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la

³³¹ Véase al respecto a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, en *Revista de Administración Pública*, No. 141, septiembre-diciembre 1996, pp. 131-152.

³³² Véase a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, No. 177, Madrid, septiembre-diciembre 2008, p. 183.

substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas a esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente”³³³.

Entonces, a efectos jurídico-constitucionales, la expropiación se verifica *“siempre y cuando se sacrifique el contenido esencial del derecho, ya sea singular o generalizado, parcial o total, temporal o permanente”³³⁴*. Asimismo, esta *“ablación o privación, total o parcial, de bienes o de derechos”* de la que consiste la expropiación, es lo que la diferencia de los límites, vínculos o deberes que, en razón de la noción de la función social, pueden serle impuestos al derecho de propiedad. Por ello, es imperativo determinar el contenido esencial de la propiedad, ya que a partir de su establecimiento resulta viable precisar los supuestos de intervención legislativa delimitadores y conformadores del derecho que no pueden desconocer ese contenido esencial, de aquellos otros que constituyen una privación del derecho (expropiación) o una transgresión de la propia Constitución³³⁵. El contenido esencial dominical *“constituye el umbral más allá del cual una intervención puede calificarse de expropiatoria”³³⁶*.

³³³ *Ibidem*, p. 184

³³⁴ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1998, p. 370.

³³⁵ Véase a PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...obra citada*, p. 477.

³³⁶ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo*

Así pues, la Constitución, a través de la institución expropiatoria, permite sacrificar el contenido esencial del derecho de propiedad, siempre y cuando se respeten los parámetros constitucionales siguientes: *i) que existan razones justificadas de utilidad pública o de interés social, ii) se produzca la correspondiente indemnización, y iii) se efectúe conforme a lo establecido por las leyes*³³⁷.

Es preciso señalar, que el Tribunal Constitucional, en las sentencias 37/1987, de 26 de marzo; 166/1986, de 19 de diciembre; y 164/2001, de 11 de julio, ha expresado que el Texto Fundamental consagra a la expropiación bajo una doble perspectiva o dimensión: *i) Como garantía constitucional del derecho de propiedad privada, al asegurar al propietario una justa compensación económica por el sacrificio de verse privado de sus bienes o derechos de contenido patrimonial; y ii) Como instrumento positivo a disposición del poder público (el ejecutivo en especial) para que pueda materializar el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a las crecientes exigencias de la justicia social*³³⁸.

En su dimensión como garantía constitucional (plano sustantivo), la expropiación se encuentra integrada por los siguientes elementos:

- 1. La Exigencia de definición legal de los motivos que la justifican: utilidad pública e interés social. La expropiación forzosa tiene siempre una causa jurídica típica: la realización del interés social o de la utilidad pública que demande la operación expropiatoria en concreto.*

agrario...obra citada, p. 371.

³³⁷ Cfr. a PAREJO ALFONSO, Luciano, "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 19, octubre-diciembre, 1978, pp. 554 y ss; asimismo, véase a LÓPEZ y LÓPEZ Antonio Manuel, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 169.

³³⁸ Véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...ob. cit.*, p. 823. Igualmente, confróntese a MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, pp. 743 y 744.

2. *La Cobertura de cualquier daño en bienes o derechos, al ser la expropiación una de las manifestaciones del principio de garantía patrimonial, característico del Estado de Derecho.*
3. *El Requerimiento de la indemnización del daño.*
4. *La Verificación de la operación expropiatoria de conformidad con lo dispuesto en las Leyes, lo que implica la observancia del procedimiento establecido para determinar el objeto de la operación expropiatoria y, a través de él, tanto del daño producido por ésta, como del cálculo de la indemnización, que ha de ser la que corresponda de acuerdo con las características de los bienes afectados*³³⁹.

En este plano sustantivo, la expropiación se configura, además, como una garantía patrimonial integral, ya que opera tanto a favor del propietario, como del titular de cualquier otro derecho o interés de contenido patrimonial³⁴⁰.

Por su parte, como instrumento a disposición del poder público, el artículo 149.1.18 Constitucional, atribuye al Estado la competencia legislativa sobre expropiación forzosa, sin matices ni limitaciones de tipo alguno para establecer una regulación general de la institución expropiatoria, de aplicación uniforme en toda España³⁴¹. No obstante, esta competencia legislativa no excluye la de las Comunidades Autónomas que, respetando la legislación estatal, pueden regular aspectos accesorios e instrumentales de las operaciones expropiatorias en el contexto de la ordenación de las

³³⁹ Sobre los elementos señalados, véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 757.

³⁴⁰ Cfr. MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid, *El Derecho de propiedad del suelo: De la Constitución a la ordenación urbana*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 243, nota 189.

³⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...ob.cit.*, pp. 212 y 213.

materias o sectores de su propia competencia³⁴².

Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional No. 37/1987, de 26 de marzo, ha precisado lo siguiente:

“la uniformidad normativa impuesta por la Constitución supone la igual configuración y aplicación de las garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado y, por ende, el estricto respeto y cumplimiento de los criterios y sistema de valoración del justiprecio y del procedimiento expropiatorio establecido por Ley estatal para los distintos tipos o modalidades de expropiación...la competencia exclusiva que al Estado reserva el artículo 149.1.18 impide que los bienes objeto de expropiación puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional y que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio”, lo cual, “no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinado las causas de expropiar a los fines de interés público a que aquélla deba servir”.

Por lo tanto, la ejecución de las medidas expropiatorias, así como la definición de las causas o los fines de interés público a que deba servir la expropiación (*causa expropriandi*), *“son competencias indisociables de las que a cada instancia territorial con potestad expropiatoria correspondan para la formulación y el desarrollo de sus políticas sectoriales”*³⁴³. Así, en atención a los intereses públicos que se buscan satisfacer, la legislación sectorial (estatal o autonómica, según tengan asignadas constitucionalmente las competencias) viene a ser la que defina - de manera más específica o más

³⁴² Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 757.

³⁴³ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...obra citada*, pp. 823 y 824; asimismo, véase en sentido similar a dicho autor en *Lecciones de Derecho Administrativo...citada*, pp. 757 y 758.

genérica - los supuestos de expropiación, y permite poner en marcha el procedimiento expropiatorio regulado en la legislación general (estatal).

La expropiación, conforme a lo expresado y por disposición del precepto 33.3 de la Constitución, tiene que satisfacer dos objetivos: la consecución del interés público (interés general) y garantizar el interés privado³⁴⁴.

De ahí que podamos señalar, en resumen, que tres son las garantías de la propiedad privada frente al poder expropiatorio de los poderes públicos: i) un fin de utilidad pública o interés social, o causa expropriandi; ii) el derecho del expropiado a la correspondiente indemnización; y iii) la realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las leyes³⁴⁵.

b) Situación en Venezuela.

En Venezuela, la garantía expropiatoria aparece por vez primera consagrada conjuntamente con el derecho de propiedad en el artículo 165 de la Constitución de 1811, que establecía que, si alguna autoridad pública tenía la necesidad legalmente comprobada de exigir *“que la propiedad de algún ciudadano se aplique a usos semejantes, deberá recibir por ella una justa indemnización”*. Dicho precepto no establecía el juicio contradictorio, siendo hasta la Constitución de 1864 en donde la expropiación pasa a tener carácter judicial, manteniendo la exigencia del pago de previa indemnización, lo que se mantiene hasta la Constitución de 1947 (que sólo aludía al *“pago del precio”*), y en el artículo 101 de la de 1961 (*“pago de justa indemnización”*),

³⁴⁴ LINDE PANIAGUA, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, 4º edición, UNED-Colex Editorial, Madrid, 2012, p. 293.

³⁴⁵ Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, p. 542.

sin fijar la oportunidad para ello³⁴⁶.

La Constitución de 1999, a la vez que garantiza el derecho de propiedad, permite que sea afectado legítimamente por razones de interés general, ya sea a través de las denominadas limitaciones legales a la propiedad (*“contribuciones, restricciones y otras obligaciones”*) o mediante una transmisión coactiva de aquélla materializada en la expropiación.

En efecto, el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé textualmente lo siguiente:

“Artículo 115.

Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.”

Este principio se encuentra reproducido en el artículo 547 del Código Civil, que dispone lo que se transcribe seguidamente:

“Artículo 547.

Nadie puede ser obligado a ceder su propiedad ni a permitir que otros hagan uso de ella, sino por causa de utilidad pública o social, mediante un juicio contradictorio e indemnización previa.”

³⁴⁶ Cfr. a PEÑA SOLÍS, José, *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano. Tomo II: Los derechos políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales*, Ediciones Paredes, Caracas, 2014, pp. 248-250.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social de 2002, establece la definición de la expropiación, al estatuir que:

“Artículo 2.

La expropiación es una institución de Derecho público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización.”

Podemos decir entonces que, tanto la Constitución de 1999 en su artículo 115, el artículo 547 del Código Civil, como el artículo 2 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social de 2002, reconocen que la “*verdadera garantía de la propiedad*”, prevista también constitucionalmente, es que la extinción de este derecho por el Estado sólo resulta viable por causa de utilidad pública declarada previamente por el legislador o por un acto legislativo, a través del cumplimiento del debido procedimiento que asegure el derecho a la defensa, que medie una sentencia con carácter firme y el pago de una justa indemnización. Así pues, en Venezuela, la armonización entre esa potestad expropiatoria por parte del Estado - cada vez más amplia al comprender no sólo la extinción sino también las llamadas mutilaciones de derechos patrimoniales o limitaciones expropiatorias - y la garantía patrimonial y procedimental, “*es el punto de equilibrio en el marco jurídico del derecho de propiedad*”³⁴⁷.

Es decir, que el poder autónomo sobre los bienes no reservados, que implica la posibilidad de utilizarlos con cierta exclusividad y a perpetuidad, no

³⁴⁷ Vid. DUQUE CORREDOR, Román J., *Procesos sobre la propiedad y la posesión*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 98, Caracas 2013, pp. 535 y 536.

puede ser eliminado o alterado sin una previa declaratoria legislativa de utilidad pública, sin el debido procedimiento y sin indemnización³⁴⁸. Por ello, *“la expropiación es una garantía constitucional a favor de los ciudadanos, desde que es un mecanismo de protección y salvaguarda del derecho de propiedad”*³⁴⁹.

La extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en la sentencia del 24 de febrero de 1965³⁵⁰, además de precisar un concepto de expropiación, estableció sus presupuestos constitucionales, al señalar que la expropiación es *“una institución de derecho público, mediante la cual la administración, para el cumplimiento de fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles o inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa indemnización... Como presupuestos constitucionales de la expropiación se establecen: la existencia de causas de utilidad o de interés social; un procedimiento judicial determinado; y el pago de una justa indemnización. Tales formalidades revisten al instituto de las debidas garantías, y la diferencia plenamente de la confiscación, figura de naturaleza punitiva, prohibida expresamente por el artículo 102 de la Constitución”*.

Sobre esta definición, la doctrina ha criticado que sólo reconoce a la Administración (exclusivamente) la legitimación activa en el procedimiento expropiatorio, dejando a un lado a los concesionarios y demás entes dotados de potestad expropiatoria; e igualmente, que se encuentra referida a la adquisición de bienes muebles e inmuebles, siendo que la norma constitucional de 1961 (vigente para la época de esa sentencia, y cuya redacción en ese sentido repite la de 1999) refiere a *“toda clase de*

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 539.

³⁴⁹ Cfr. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela*, Caracas, 2014, p. 40.

³⁵⁰ Véase la Gaceta Oficial No. 27.676, de fecha 24 de febrero de 1965.

bienes”³⁵¹.

Sin embargo, tal definición jurisprudencial fue ratificada en las decisiones de la Sala Político Administrativa de la misma Corte Suprema de Justicia, de fechas: 02 de octubre de 1986, caso *Agrícola Santo Domingo*, C.A.; 14 de junio de 1988, caso *Fernando Colina Peña*; 12 de noviembre de 1991, caso *Corporación Venezolana de Guayana*; 20 de julio de 1993; entre otras³⁵².

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del caso “*Inversiones RIFEBA, S.R.L.*”, de fecha 15 de noviembre de 2000, se refirió a la expropiación como:

“el instrumento de que se vale el Estado para obtener coactivamente de los propietarios aquellos bienes que son indispensables para las obras que demanda el interés público o colectivo, siendo el Decreto de expropiación el paso inicial de un procedimiento, cuya ulterior tramitación está regulada por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, a fin de lograr la transferencia de dominio del bien a expropiarse. Para obtener ese resultado y lograr la consumación definitiva de la expropiación se requiere el cumplimiento de los requisitos procesales establecidos en el instrumento legal antes mencionado, los cuales se resumen en las fases siguientes: A) Fase Inicial: que comprende la solicitud antes el órgano jurisdiccional competente; solicitud de datos referidos al inmueble ante el Registro Subalterno del lugar de ubicación del bien a expropiarse; emplazamiento de las personas que tengan o tuvieran algún interés sobre el

³⁵¹ Al respecto, confróntese a HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “Contribución al estudio del artículo 101 de la Constitución de la República”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 89, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1993, p. 326.

³⁵² Sobre el particular, véase a BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela...op.cit.*, pp. 35-38.

bien; contestación de la solicitud; oposición y pruebas; relación; informes; sentencia y apelación; B) Fase Intermedia: que comprende el avenimiento y la determinación del valor de la cosa por los peritos designados en el Tribunal; y C) Fase Final: con la cual se concluye el proceso al consignarse el monto de la indemnización fijada por el Tribunal, y se efectúa la transferencia del bien expropiado con el registro de la sentencia respectiva”³⁵³.

Es preciso destacar, sobre las sentencias a que se ha hecho alusión, que si bien varía el acento de los elementos que conforman el instituto expropiatorio, coinciden en que se trata de un mecanismo de adquisición forzosa de la propiedad, conducente a la satisfacción de una utilidad pública, que requiere de un procedimiento legal, y cuya culminación se verifica con la cancelación al propietario afectado de una indemnización justa por la pérdida de su propiedad³⁵⁴.

Así se encuentra establecido en el artículo 7 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 7.

Solamente podrá llevarse a efecto la expropiación de bienes de cualquier naturaleza mediante el cumplimiento de los requisitos siguientes:

- 1. Disposición formal que declare la utilidad pública.*
- 2. Declaración de que su ejecución exige indispensablemente la transferencia total o parcial de la propiedad o derecho.*
- 3. Justiprecio del bien objeto de la expropiación.*
- 4. Pago oportuno y en dinero efectivo de justa indemnización”.*

³⁵³ *Ídem*, p. 38.

³⁵⁴ *Ídem*, pp. 38 y 39.

Al igual que ocurre en España, la expropiación en Venezuela no sólo comporta el ejercicio de una potestad pública, sino que también, contempla las garantías necesarias para que esa potestad no atropelle el derecho individual.

En su condición de potestad pública, permite al Estado apoderarse de ciertos bienes de los particulares de forma coactiva o forzosa, en razón de los intereses que puedan surgir con motivo de la realización de obras de utilidad pública o actividades de interés social que el Estado pretenda ejecutar. En la expropiación intervienen todos los poderes públicos. Efectivamente, se requiere la mediación previa del Poder Legislativo que declara la utilidad pública o el interés social de la actividad que conlleva la expropiación; la del Ejecutivo que decreta la respectiva expropiación y determina los bienes a expropiar; y la posterior intervención del Poder Judicial a la que debe acudir la Administración cuando no le es posible lograr un arreglo amigable con el particular³⁵⁵.

Como garantía del derecho de los particulares, puede ser clasificada en tres grupos: *i)* como una garantía jurídica; *ii)* como una garantía patrimonial; y *iii)* como una garantía de devolución. Así, la garantía jurídica estriba en que el ejercicio de la potestad pública ha de estar circunscrita a una serie de normas legales; como garantía patrimonial, en el lugar del derecho de propiedad del particular, que desaparece, surge un nuevo derecho, el de ser indemnizado y, en consecuencia, recibir una justa indemnización; y como garantía de devolución, implica el derecho que surge al particular de solicitar al Estado la devolución del bien del cual fue despojado, cuando éste no es destinado al fin de utilidad pública o de interés

³⁵⁵ Véase a BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, vol. V., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 433.

social que motivó la expropiación³⁵⁶.

1. REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LA EXPROPIACIÓN

A. Utilidad pública o interés social. La causa *expropriandi*.

a) Situación en España.

El ejercicio de la potestad expropiatoria se halla legitimado en la existencia o determinación de una causa precisa que ha de estar específicamente tasada en la Ley. Tal causa ha de ser, o bien la utilidad pública, o bien el interés social, como precisan el artículo 33.3 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Dicha causa debe ser declarada de manera formal previamente, conforme lo exige el artículo 9 de la citada Ley³⁵⁷. Se trata de la primera gran garantía que brinda la institución expropiatoria para su puesta en marcha, frente a la extraordinaria extensión de la potestad de sacrificio patrimonial de la que se encuentra apoderada la Administración³⁵⁸. La causa *expropriandi*, así, es la razón que justifica, legitima y valida, el ejercicio de la potestad expropiatoria por parte de la Administración, de manera que su ausencia, incluida la anulación del instrumento o acto por la que se fije, determina que la

³⁵⁶ *Ídem*, pp. 434 y 435.

³⁵⁷ La causa *expropriandi* se encuentra regulada en el Título II “Procedimiento general”, Capítulo Primero “De los requisitos previos a la expropiación forzosa”, de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954; causa *expropriandi* a la cual dedica el legislador los artículos 9 al 14 del texto legislativo.

³⁵⁸ Véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 63 y 64.

actuación de la Administración constituya una vía de hecho, esto es, que se entienda como si no se hubiese tramitado algún procedimiento que diere cobertura formal a las actuaciones expropiantes³⁵⁹.

El artículo 9 de la Ley de Expropiación Forzosa textualmente establece lo que seguidamente se expresa:

“Artículo 9.

Para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado”.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ expresan que, en atención a este precepto de la Ley, el fin de la expropiación no es la mera privación en que ella consiste, sino el destino posterior a que ha de afectarse el bien expropiado. Ello así, toda vez que la expropiación está siempre en función de una transformación posterior de los bienes que son objeto de ella, la cual no precisa que sea material (que sería en el caso de las obras como supuesto típico), ya que dicha transformación puede bastar simplemente con que sea de naturaleza jurídica (sustitución de un propietario por otro, como sucede en los casos de nacionalización o municipalización de empresas), pero que debe responder a un plan de ordenación en el cual el estado de las cosas resulte un obstáculo que la expropiación se encargue de remover. Por esta razón, la expropiación forzosa se presenta *“como un instrumento y no como un fin, como un elemento dentro de una operación de poder público que la supera y trasciende. Toda expropiación ha de servir a esa finalidad*

³⁵⁹ Cfr. a RUBIO ESCOBAR, Pedro, “El control judicial de la causa expropiandi, y la defensa judicial del expropiado frente a su determinación”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 121.

instrumental, sin lo cual carecerá de causa."³⁶⁰

No obstante, es preciso destacar que la definición de la *causa expropriandi* no coincide siempre con el del destino de los bienes o derechos expropiados, toda vez que, en algunas ocasiones, el fin expropriatorio (*causa expropriandi*) *"puede cumplirse por la vía de distintos destinos que sean, todos ellos, igualmente aptos a la consecución del fin"*³⁶¹.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado sobre la *causa expropriandi* lo siguiente:

"La causa expropriandi es el fin de utilidad pública o interés social que en cada caso declara el legislador. Dada la gran variedad de fines públicos que pueden ser legalmente configurados como causa justificativa de la expropiación, el destino de los bienes y derechos expropiados puede ser también muy distinto, pues dependerá del modo como se satisfaga en cada supuesto expropriatorio el interés público que legitima la expropiación forzosa.

Ese destino viene necesariamente predeterminado por el fin cuando la satisfacción de éste tan sólo consiente un único y concreto destino con exclusión de todo otro; pero ocurre también que en algunos supuestos, el fin expropriatorio puede cumplirse por la vía de distintos destinos que sean, todos ellos, igualmente aptos para la consecución del fin. En tales casos, es indiferente a la causa expropriandi el destino que reciban los bienes y derechos expropiados, siempre que el elegido sirva al fin expropriatorio. En dichos supuestos se produce, por lo tanto, una cierta desvinculación entre el fin de la expropiación y la afectación ulterior de lo expropiado,

³⁶⁰ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...ob.cit.*, p. 234.

³⁶¹ Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española", en *Revista de Administración Pública...obra citada*, p. 187; asimismo, en sentido análogo véase a RUBIO ESCOBAR, Pedro, "El control judicial de la causa expropriandi, y la defensa judicial del expropiado frente a su determinación", en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa...citada*, pp. 122 y 123.

en el sentido de que ésta puede ser variable, sin que por ello quiebre la causa expropriandi.

Los términos en que se expresa el art. 33.3 de la Constitución, al hablar de “causa justificada de utilidad pública o interés social” sin contener referencia alguna al destino final de los bienes y derechos expropiados, permiten afirmar que la concepción constitucional de la causa expropriandi incluye tanto a las expropiaciones forzosas en que el fin predetermina el destino de los bienes y derechos, como aquellas otras en que el fin admite varios posibles destinos.

Por otro lado, entre la causa expropriandi y la determinación de los bienes y derechos que deban ser objeto de la expropiación existe siempre una relación necesaria, dado que tan sólo son incluibles en la expropiación aquellos que sirvan a su fin legitimador y ello convierte en injustificada la expropiación de bienes o derechos que no sean estrictamente indispensables al cumplimiento de dicho fin”.³⁶²

Así pues, la *causa expropriandi* constituye el fin para el que se expropia, el cual ha de estar previsto en la Ley. Ésta (la Ley) determina los fines generales del instituto expropiatorio (utilidad pública o interés social), en virtud de los cuales cada expropiación singular deberá atenerse a un fin más concreto, consistente en la dedicación de la cosa a una determinada actividad pública como razón permanente de su existencia. Y es que la garantía expropiatoria no radica principalmente en que la finalidad genérica (utilidad pública o interés social) se halle contenida en la Ley, sino en que la finalidad concreta por la cual se expropia (carreteras, aeropuertos, viviendas, entre otras) sea reconocida expresamente en la Ley como una causa de utilidad pública o de interés social³⁶³.

No puede la Administración (por acto singular o por vía reglamentaria),

³⁶² STC No. 166/1986, F.J. No. 13. La referencia es tomada de RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)...*ob.cit., p. 543.

³⁶³ Véase a SERRANO ALBERCA, José Manuel, *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 127 y 128.

a su arbitrio, determinar qué operaciones son objeto de la institución de la expropiación, sino que, por el contrario, ese juicio se encuentra reservado a la Ley, como exigencia que deviene del artículo 53.1 de la Constitución, bien lo haga genéricamente para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones (art. 10 LEF) u otros fines de interés social (art. 13 LEF), bien en cada caso (arts. 11 y 12 LEF)³⁶⁴.

En la primera de las hipótesis mencionadas (que en la práctica es la usual), se requiere de un acto singular de reconocimiento de la causa para cada operación expropiatoria por parte del Consejo de Ministros (o del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas), a menos que exista un plan de obras y servicios del Estado, la Provincia o el Municipio, en cuyo caso la declaración de utilidad pública se entenderá implícita en la aprobación de dicho plan y, en consecuencia, excluida la mencionada declaración por el Consejo de Ministros (o del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas)³⁶⁵.

En efecto, el artículo 10 de la Ley de Expropiación Forzosa prevé que:

“Artículo 10.

La utilidad pública se entiende implícita, en relación a la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio. En los demás casos que por Ley se haya declarado genéricamente la utilidad pública, su reconocimiento en cada caso concreto deberá hacerse por acuerdo del Consejo de Ministros, salvo que para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones las leyes que las regulan hubieran dispuesto otra cosa”.

³⁶⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...ob.cit.*, pp. 236 y 237.

³⁶⁵ Vid. PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa*, 5ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2002, p. 83.

Este artículo, en concordancia con el artículo 11 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa³⁶⁶, quiere decir que ciertos actos de la Administración (aprobación de planes, proyectos de obras y servicios) sustituyen a la determinación legal de la causa expropiandi (carretera, aeropuerto, dotación, sistema integral, etc.). Así, aprobado un plan urbanístico, o un proyecto para ejecutar una obra pública, la declaración de utilidad pública se presume con la aprobación del plan, sin necesidad de que la Ley así lo declare para cada fin concreto, ni en ningún otro acto posterior³⁶⁷.

También, el citado artículo 10 contempla el caso de las declaraciones genéricas, en el que la causa expropiandi es reconocida con carácter general en una Ley (*"p.e. La Ley de Carreteras establece que la construcción de carreteras es una causa de utilidad pública"*), dónde basta el reconocimiento de la utilidad pública en cada caso concreto (*"aeropuerto de X; Carretera de X; etc."*) a través de Decreto acordado en Consejo de Ministros, excepto que las leyes que las regulan dispongan otra cosa³⁶⁸.

³⁶⁶ El artículo 11 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, establece lo siguiente:

"Artículo 11.

1. Si los bienes objeto de la expropiación fueren inmuebles, la declaración de utilidad pública deberá hacerse mediante Ley aprobada por las Cortes.
2. No será necesaria la promulgación de una Ley formal en los siguientes casos:
 - a) Cuando se trate de obras y servicios comprendidos en los planes del Estado, Provincia o Municipio aprobados con los requisitos legales, en los que se entenderá implícita aquella declaración. La realización concreta de los planes del Estado deberá ser acordada por Orden ministerial, y los de la Provincia o Municipio, por los Organismos competentes.
 - b) Cuando por Ley se haya declarado genéricamente la utilidad pública la utilidad pública para categorías o clases determinadas de obras, servicios o concesiones, bastará el reconocimiento de utilidad pública en cada caso concreto, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, salvo que las leyes que las regulen hubieran dispuesto otra cosa.
 - c) Cuando en las disposiciones especiales que regulen las expropiaciones a que se refieren los artículos 85 y 97 de la Ley se establezca forma distinta en cuanto a la declaración de utilidad pública".

³⁶⁷ Vid. SERRANO ALBERCA, José Manuel, *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo...obra citada*, p. 129.

³⁶⁸ *Ídem*.

De igual forma, cuando en las disposiciones especiales que regulen las expropiaciones a que se contraen los artículos 85 y 97 de la Ley de Expropiación Forzosa (razones de urbanismo y las que en cualquier caso realicen las entidades locales, así como aquellas por causa de colonización de fincas mejorables), se establezca una forma distinta en cuanto a la declaratoria de utilidad pública, tampoco será necesaria la promulgación de una Ley³⁶⁹.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley de Expropiación Forzosa estatuye que:

“Artículo 11.

En todos los casos no previstos en el artículo anterior y relativos a bienes inmuebles, siempre que no se trate de los que con arreglo a esta Ley se regulan por disposición especial, la declaración de utilidad pública deberá hacerse mediante Ley aprobada en Cortes”.

Regula este artículo el principio general relativo a bienes inmuebles que exige la declaratoria de utilidad pública mediante Ley. Dicho precepto guarda relación con el artículo 11 del Reglamento, al cual ya hicimos referencia. Aquí, también puede darse el supuesto de una expropiación forzosa mediante ley singular, situación a la cual nos referimos en esta investigación antes de adentrarnos al análisis de la *causa expropriandi*, y en tal sentido nos remitimos a las consideraciones que al efecto expusimos.

Respecto de la expropiación de bienes muebles, el artículo 12 de la Ley consagra que:

“Artículo 12.

Respecto de los bienes muebles, la utilidad pública

³⁶⁹ Véase a PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...op.cit.*, p. 92.

habrá de ser declarada expresa y singularmente mediante Ley en cada caso, a no ser que ésta u otra Ley hayan autorizado la expropiación para una categoría especial de bienes, en cuyo supuesto bastará el acuerdo del Consejo de Ministros”.

En concatenación con el artículo 13 del Reglamento³⁷⁰, la utilidad pública o el interés social sobre la expropiación de bienes muebles debe declararse expresa y concretamente en cada caso mediante Ley, exceptuando aquéllos en los que ésta lo haya autorizado para una categoría especial de bienes.

Se observa aquí la distinción que efectúa la Ley entre bienes inmuebles y bienes muebles, regulando la declaratoria de utilidad pública de los primeros en los artículos 10 y 11 de la Ley y el artículo 11 del Reglamento; mientras que la de los bienes muebles, en los artículos 12 de la Ley y 13 del Reglamento. Como criterio diferenciador entre unos y otros ha de observarse lo que al respecto consagran los artículos 334 al 336 del Código Civil³⁷¹.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley estatuye:

“Artículo 13.

El interés social determinante de transmisiones forzosas de cosas o derechos, a los fines específicos de los artículos 30 y 31 del Fuero de los Españoles, se sujetará, en cuanto a su declaración, al mismo procedimiento previsto en el artículo anterior”.

³⁷⁰ El artículo 13 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, establece lo siguiente:

“Artículo 13.

Si la expropiación afectare a bienes muebles, la utilidad pública o el interés social de deberá declararse expresa y concretamente en cada caso, mediante Ley, salvo que en otra se haya autorizado la expropiación para una categoría o clase especial de bienes, en cuyo supuesto bastará Decreto acordado en Consejo de Ministros”.

³⁷¹ Vid. PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...op.cit.*, p. 97.

Hay que recordar que la Ley de Expropiación Forzosa es preconstitucional y el Fuero de los Españoles fue aprobado en el año 1945, quedando derogado por la Constitución. De ahí que, en lo que a expropiaciones se refiere, ha de observarse lo consagrado en el artículo 33.3 del Texto Fundamental.

Conforme a este artículo 13 de la Ley expropiatoria, para la determinación del interés social como causa determinante de la expropiación de bienes y cosas, ha de seguirse el procedimiento previsto en cuanto a los bienes muebles. Tal dispositivo es desarrollado en el artículo 12 del Reglamento³⁷², que exige que el interés social sea declarado expresa y singularmente mediante Ley en cada caso. No obstante, se exceptúa el supuesto en que la Ley declare genéricamente el interés social para categorías o clases determinadas de obras, servicios o concesiones, en cuyo caso bastará el acuerdo del Consejo de Ministros para que pueda ser aplicado a cada caso concreto. Igualmente, queda exceptuado del requisito de la previa declaración formal del interés social, en los casos a que se contraen los artículos 71 y 72 de Ley. Sin embargo, como expresa PERA VERDAGUER, en tales casos la exigencia de declaración formal subsiste, ya que ambos preceptos demandan la declaratoria específica por Ley de la oportunidad de que *“un bien o una clase determinada de bienes se utilicen*

³⁷² El artículo 12 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, establece lo siguiente:
“Artículo 12.

1. *El interés social como causa legitimadora de la expropiación deberá ser declarado expresa y singularmente mediante Ley en cada caso.*
2. *No obstante, cuando en virtud de Ley se hubiere declarado genéricamente el interés social de categorías o clases determinadas de obras, servicios o concesiones, a los fines específicos del artículo 31 del Fuero de los Españoles, aquella declaración llevará implícita la facultad expropiatoria y bastará el Decreto acordado en Consejo de Ministros para su aplicación en cada caso concreto”.*
3. *Asimismo, se entenderá que existe causa de interés social a los efectos expropiatorios y, por tanto, no será necesario el requisito de su previa declaración formal en los supuestos previstos en los artículos 71 y 72 de la Ley”.*

*en el sentido positivo de una determinada función social con más de una declaración formulada por Ley o por Decreto acordado en Consejo de Ministros, de que tales bien o bienes deben sufrir determinadas transformaciones o ser utilizados de manera específica. Todo ello en suma no es más que un expreso reconocimiento de la existencia de la <<causa de interés social>>*³⁷³.

En consecuencia, el interés social como causa legitimadora de la expropiación forzosa, en el caso de los bienes inmuebles, nunca se entenderá implícitamente declarado mediante la aprobación de planes de obras o servicios del Estado, provincia o municipio, a diferencia cuando la causa legitimadora es la utilidad pública³⁷⁴.

En la apreciación de la utilidad pública o del interés social, hay que resaltar, que el legislador sectorial (estatal o autonómico) goza de un amplio margen de discrecionalidad, tal y como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia No. 166/1986, de 19 de diciembre³⁷⁵. De ahí que el legislador estatal con competencia genérica para regular la institución expropiatoria, según el artículo 149.1.18 del Texto Fundamental, lo único que deba asegurar sea – precisamente – que toda la aplicación relativa a la expropiación forzosa se produzca de conformidad con su regulación general, no pudiendo adentrarse hasta la determinación de los supuestos de expropiación y, por tanto, los términos concretos de aplicación de la misma, esto es, del ejercicio de la potestad de expropiación, ya que estos extremos le corresponde determinarlos el legislador que, conforme al bloque de la constitucionalidad, sea competente en razón de la materia determinante para

³⁷³ Cfr. PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...op.cit.*, p. 107.

³⁷⁴ *Ídem*.

³⁷⁵ Cfr. LÓPEZ MENUDO, Francisco, CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio, *La expropiación forzosa*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 69.

la *causa expropriandi*³⁷⁶.

i. *Diferenciación conceptual entre utilidad pública e interés social.*

Utilidad pública e interés social son conceptos diferentes, sin embargo, la normativa respectiva no los define, por lo que se tratan de conceptos jurídicos indeterminados. Así, por utilidad pública deben entenderse las exigencias del funcionamiento de la Administración, en campos como obras públicas o servicios públicos, o de sus concesionarios; por interés social, habrá de entenderse cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario, distinto del supuesto anterior. Hay que señalar en este sentido, que el adjetivo “público” remite a una organización pública beneficiaria y a las exigencias de funcionamiento de la misma; por su parte, el adjetivo “social” refiere una operación de conformación o transformación social, lo que implica también que el beneficiario sea eventualmente un ente público, pero que incluye normalmente la hipótesis de beneficiarios privados que no estén en posición de concesionarios de la Administración. Lo anterior no obsta para que, en un solo caso, puedan concurrir ambas causas justificadoras de la expropiación³⁷⁷.

No obstante la diferenciación anterior, ambas coinciden en sus consecuencias definitivas: “*dar paso al ejercicio de una idéntica potestad expropriatoria*”³⁷⁸.

³⁷⁶ Al respecto, véase a PAREJO ALFONSO, Luciano y ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, *Comentarios a la Ley de Suelo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 467.

³⁷⁷ Vid. PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...citada*, p. 85.

³⁷⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...obra citada*, p. 67.

b) Situación en Venezuela.

Hemos señalado que el artículo 115 de la Constitución de 1999 constituye el régimen jurídico garantístico que en materia expropiatoria existe en Venezuela. En efecto, dicho precepto en su parte in fine expresa que *“sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”*.

Por su parte, el artículo 7.1 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, establece como uno de los requisitos para el ejercicio de esa potestad de acordar coactivamente la adquisición de bienes, que la Ley hubiere declarado la utilidad pública o interés social de éstos. Así, la declaratoria de utilidad pública o interés social debe hallarse prevista en actos que ostenten el rango y valor de ley en sentido formal, sancionada conforme al procedimiento constitucionalmente establecido para ello, es decir, *“el acto normativo emanado del cuerpo que conforma la representación popular”*³⁷⁹. Sin embargo, tal y como mencionamos con anterioridad en esta investigación, el Texto Constitucional contempla la habilitación del Poder Legislativo Nacional al Presidente de la República para dictar normas con rango, valor y fuerza de ley, en forma tan ilimitada que se ha interpretado que puede incluir tal declaratoria en los Decretos-Ley que dicte³⁸⁰, lo cual es considerado por la doctrina venezolana como inconstitucional³⁸¹.

³⁷⁹ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p. 461.

³⁸⁰ *Ídem*, p. 460.

³⁸¹ Véase en este sentido a CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o Vías de Hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, FUNEDA-UCAB,

Al igual que sucede en España, la declaratoria de utilidad pública o interés social condicionan “teleológicamente” el ejercicio de la potestad expropiatoria, al extremo que ésta sólo puede ejercerse para atender a tal causa³⁸². De ahí que la expropiación, por naturaleza, sea una actividad instrumental destinada a un fin, con relación a cuál va a constituir su medio técnico de realización. Por ello, toda expropiación debe guardar relación de causa a efecto con ese fin, constituyendo, en caso contrario, una clara desviación de poder y vía de hecho administrativa. La causa expropiandi así delimitada constitucional y legalmente, reviste una identidad de principio con el fin de la expropiación, lo cual significa, que dicho fin no puede ser alterado, aún cuando se trate de otra obra o servicio público, so pena de invalidarla, dejándola sin causa legal, revirtiendo el bien a su titular³⁸³.

La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de fecha 08 de diciembre de 1988, sobre la causa expropiandi se pronunció en los términos siguientes:

“...la potestad expropiatoria aparece como mecanismo de obtención de fines públicos determinados, esto es, los fines propios de la causa expropiandi que fundamentan el ejercicio de tal potestad. Conforme a las normas constitucionales y legales que la rigen, la expropiación está dirigida a un fin de utilidad pública o social, predeterminado por la Ley...que requiere o exige que cada expropiación, singularmente considerada, sirva a dicho fin específico para que se entienda legitimada en su causa legal...”³⁸⁴.

Caracas, 2009, p. 72, nota 70.

³⁸² Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación en el derecho administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2014, p. 98.

³⁸³ Cfr. TURUHPAL CARIELLO, Héctor, “La inconstitucionalidad de los vínculos de inedificabilidad y el caso del Nuevo Circo de Caracas”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, No. 6, Caracas, 1994, p. 77; en sentido similar, véase a CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o Vías de Hecho?...obra citada*, p. 38.

³⁸⁴ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan R., “Introducción general al Régimen de la Expropiación”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., LINARES BENZO, Gustavo, AGUERREVERE VALERO,

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en la decisión del caso “Ana Rivas Hernández”, de fecha 09 de abril de 2002, expresó lo siguiente:

“La potestad expropiatoria de la Constitución, es decir, la facultad de decretar la expropiación de determinados bienes y en consecuencia, trasladar coactivamente la titular de bienes de dominio privado al patrimonio y dominio del ente expropiante, tiene su justificación en el interés de la comunidad, en la utilidad pública de su propio fin; y el expropiado, como tal, encuentra constitucionalmente consagrada la garantía de un procedimiento legalmente establecido, así como la garantía de una justa indemnización. Puede entonces afirmarse que la expropiación, institución de derecho público, reviste suma importancia puesto que se trata de una figura que atiende a la satisfacción de necesidades colectivas y encuentra justificación en la misma finalidad legal de utilidad pública (se entiende, las exigencias del propio funcionamiento de la Administración) o interés social (cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario), la cual se legitima, una vez consumada, en el servicio efectivo de esa finalidad legal”³⁸⁵.

Se observa en esta última decisión la diferenciación que efectúa el Tribunal entre utilidad pública e interés social, entendiendo por la primera a todo aquello que sea exigible para el funcionamiento de la propia Administración, mientras que por el otro concepto a cualquier interés prevalente al del propietario.

Dolores y BALASO TEJERA, Caterina, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos, No. 26, Caracas, 2022, p. 16.

³⁸⁵ La referencia jurisprudencial es tomada de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...citada*, pp. 99 y 100.

Es preciso destacar que, conforme se encuentra regulada en el artículo 13 de la Ley de Expropiación, la declaratoria de utilidad pública o interés social corresponde ordinariamente al Poder Legislativo de cada una de las entidades político-territoriales. Así pues, cuando la obra de utilidad pública o interés social deba ejecutarse con fondos nacionales, o se le considere de utilidad nacional, su declaratoria corresponde a la Asamblea Nacional; a nivel estatal, dicha declaratoria ha de efectuarse por los respectivos Consejos Legislativos; y a nivel municipal por los correspondientes Concejos Municipales. En la determinación de la utilidad pública o interés social, impera un amplio criterio discrecional del legislador, ya que, como conceptos jurídicos indeterminados, pueden comprender todo lo aquél considere ventajoso para el beneficio de la colectividad³⁸⁶.

Este precepto legal faculta excepcionalmente al Ejecutivo Nacional para decretar de utilidad pública la posesión de aquellos terrenos y construcciones que sean considerados indispensables para la seguridad y defensa de la Nación, pudiendo disponer al efecto que se siga el procedimiento expropiatorio consagrado en la Ley.

Por su parte, el artículo 14 de la Ley exceptúa de tal declaratoria previa por el Poder Legislativo (nacional, estatal y municipal) a un amplio número de actividades, al considerar dicho precepto su carácter de utilidad pública e interés social, y respecto de las cuales la Administración podrá ejercer la potestad expropiatoria a través del Decreto de Expropiación³⁸⁷. Es tan amplia la excepción de la declaratoria de utilidad pública o interés social que comporta la norma, que puede decirse que la misma *“resulta innecesaria, convirtiéndose las excepciones en regla”*³⁸⁸.

³⁸⁶ Véase a BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo...citada*, p. 463.

³⁸⁷ Cfr. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...ob.cit.*, p. 100, nota 71.

³⁸⁸ Vid. LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de

Por otra parte, resulta importante decir, que esa declaratoria contenida en la Ley no genera consecuencia alguna respecto a la propiedad privada, en tanto no establece ninguna limitación, pues, sólo habilita a la Administración para que pueda ejercer la potestad expropiatoria de la que se encuentra investida legalmente. Sobre esto hay que destacar que en Venezuela, a diferencia del ordenamiento español, no resultan admisibles las denominadas “expropiaciones legislativas”, pues la Ley contraria al contenido esencial de la propiedad será siempre y necesariamente inconstitucional, no pudiendo la indemnización convalidar o subsanar tal vicio. En efecto, tal y como expresa PEÑA SOLÍS, la Constitución de 1999 carece de una disposición que permita a la Asamblea Nacional, mediante ley formal, declarar la expropiación de cualquier bien o de determinadas clases de bienes (como sí sucede en España cuyo ejemplo es el conocido caso Rumasa), y en tal sentido, todo intento de supresión de la mediación judicial en el proceso expropiatorio, aunque sea por ley, constituiría una clara violación constitucional, lo que además atentaría contra los principios del debido proceso y de la tutela judicial efectiva³⁸⁹.

Hay que mencionar, también, que la *causa expropriandi* ha de estar inserta con carácter permanente en el procedimiento expropiatorio para particularizarse o individualizarse en la afectación que contiene el decreto de ejecución de la misma, puesto que, de lo contrario, y como garantía del sujeto expropiado, operaría el derecho de éste de solicitar la devolución del bien objeto de la expropiación (garantía de retrocesión), sobre lo cual nos pronunciaremos con mayor amplitud en el final del presente capítulo.

No obstante, esta condición permanente de la *causa expropriandi*, tal y como señala HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “*ha quedado en entredicho con la*

Venezuela, Caracas, 2001, p. 688.

³⁸⁹ Cfr. a PEÑA SOLÍS, José, *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano...obra citada*, p. 251.

sentencia de la Sala Político-Administrativa de 5 de noviembre de 2009, la cual admite que por causas sobrevenidas, la Administración puede modificar el destino del bien expropiado en atención a la causa original que motivó el Decreto de Expropiación, lo que contradice notablemente la función garantista de la causa expropriandi, concebida como límite fundamental al ejercicio de la potestad expropriatoria". En todo caso, la Administración debe necesariamente revocar el Decreto original e iniciar el nuevo procedimiento expropiatorio, con una nueva *causa expropriandi*³⁹⁰.

B. Sentencia firme.

a) Situación en España.

Bajo el esquema del modelo francés desde la Ley Napoleónica de 1810, muchos países no prevén en sus regulaciones sobre la materia expropiatoria, la técnica de un procedimiento administrativo exclusivo y ejecutorio, propio del privilegio de autotutela administrativa que le es reconocido a la Administración; por el contrario, tales ordenamientos establecen que es al juez (civil) a quien corresponde acordar la transferencia de la propiedad y fijar el importe de la indemnización.

La constitucionalización de la institución expropiatoria se produce en España con la Constitución de 1837 (artículo 10), que permitía la privación de la propiedad sólo "*por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización*". No obstante, la Constitución Española de

³⁹⁰ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...ob.cit.*, p. 109.

1869 (artículo 14) modificó el régimen constitucional dominical tradicional, toda vez que incorporó un sistema de protección jurisdiccional de la propiedad más concreto, desplazando desde el legislador al Juez el rol de protección del derecho de propiedad. Así fue estatuido en la primera Ley expropiatoria de 1836. De esta manera, la expropiación no podía realizarse sin orden judicial, debiendo el Juez determinar su indemnización una vez oído al interesado³⁹¹.

El régimen de propiedad es modificado nuevamente en la Constitución de 1876 (artículo 10), retomando la versión de la Constitución de 1837, precepto en base del cual fue dictada la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 (trascrito íntegramente, además, en el artículo 349 del Código civil), que tuvo una extendida vigencia hasta su derogatoria por la Ley de 1954³⁹².

Ni la Constitución de 1978, ni la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, consagran la tutela judicial preventiva del juez sobre la procedencia de la transferencia de la propiedad, como tampoco lo referente a la indemnización, toda vez que el sistema adoptado por el ordenamiento jurídico español es el de autotutela administrativa exclusiva.

En efecto, una vez declarada la utilidad pública o el interés social, la Administración se encuentra obligada a decidir qué concretos bienes, derechos o intereses privados resultan estrictamente necesarios que sean sacrificados para el fin de la expropiación, al no ser aquella declaratoria suficiente para trabar, en términos precisos, el conflicto entre interés público e interés privado³⁹³.

No obstante, tal decisión de la Administración (*“necesidad de*

³⁹¹ Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad privada en la Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 78-80.

³⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...obra citada*, p. 33.

³⁹³ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...obra citada*, p. 829.

ocupación”) es completamente censurable en sede judicial, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que ha de ser interpretado y aplicado en continuación con la *causa expropriandi*, y por ello, acorde con el principio de proporcionalidad (mínimo sacrificio posible); de tal manera, que la inclusión de bienes, derechos o intereses que no sean estrictamente necesarios al fin de utilidad pública o interés social previamente declarado, es radical, absoluta e insubsanablemente nula³⁹⁴.

Así pues, el control de la *causa expropriandi* conlleva forzosamente el control mismo de la necesidad de ocupación e implícitamente el control de la proporcionalidad de la ocupación y de la expropiación de los bienes o derechos objeto de la medida. Si hay *causa expropriandi* hay plena justificación y proporcionalidad en la ocupación y expropiación de esos bienes o derechos, ya que aquélla no se adopta al margen de la específica consideración de los bienes y derechos concretos sobre los que incide la expropiación³⁹⁵.

La necesidad de ocupación forma parte del procedimiento administrativo expropiatorio; precisamente, es el acto mediante el cual se da inicio a éste, y se produce por resolución administrativa expresa que debe ser notificada personalmente a los interesados, tal y como se encuentra pautado en los artículos 15 y 21.1 de la Ley de Expropiación Forzosa³⁹⁶. Dicho requisito cumple las funciones siguientes: *i)* Sirve para efectuar la individualización de los bienes que van a ser expropiados, estableciendo su necesidad para el correspondiente proyecto o finalidad, *ii)* Permite identificar a quienes detentan la cualidad de expropiados y *iii)* Posibilita que la discusión en aras de que sean sustituidos los bienes seleccionados por la Administración por otros que puedan ser útiles para el mismo proyecto;

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ STC No. 6/1991, F.J. No. 6.

³⁹⁶ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Ídem*.

asimismo, permite que pueda solicitarse la expropiación completa de una finca si se trata de expropiaciones parciales, cuando la conservación de la extensión no expropiada resulte antieconómico para el propietario³⁹⁷.

La cuestión de mayor importancia que representa la necesidad de ocupación, es la de su control judicial. En efecto, la Ley de Expropiación Forzosa (de vigencia preconstitucional) si bien admite recurso de alzada ante el Ministro correspondiente, consagra la irrecurribilidad de esa resolución ministerial ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, de acuerdo con los preceptos constitucionales 24 y 106, así como de la evolución de la jurisprudencia contencioso-administrativa, resulta admisible la impugnación judicial separada y sin limitación del acuerdo de necesidad de ocupación³⁹⁸.

b) Situación en Venezuela.

A diferencia del ordenamiento español, en Venezuela no puede afectarse la propiedad privada sin que la Administración no haya iniciado un juicio y recibido la conformidad judicial por sentencia firme, tal y como se encuentra establecido en el artículo 115 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

El juicio expropiatorio debe iniciarse en los siguientes tres supuestos:

i) Cuando no haya sido posible lograrse algún acuerdo con el sujeto

³⁹⁷ Véase a PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte General...op. cit.*, p. 588.

³⁹⁸ Al respecto, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de fechas: 25 de octubre de 1982; 14 de junio de 1983; 4 de abril, 6 de junio y 28 de noviembre de 1984; 5 de marzo de 1986; 20 de julio de 1987; y 30 de marzo de 1990. Asimismo, confróntese a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...obra citada*, p. 830; igualmente, véase a PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte General...op. cit.*, p. 590.

afectado; ii) Cuando se desconozcan los propietarios del bien a expropiar; y
iii) En los casos de obras cuya realización sea urgente y, en consecuencia,
se requiera la ocupación previa del bien.

La doctrina ha señalado que el juicio expropiatorio es de naturaleza ejecutiva, ya que pretende la ejecución del Decreto, pero sin resolver los conflictos que pudieran existir sobre la propiedad del bien. La sentencia, entonces, tiene carácter mero declarativo; no traslada la propiedad, pues ello se materializa una vez sea consignado el pago³⁹⁹. Se trata, además, de un juicio general y universal, en tanto que surte efectos no sólo para el propietario, sino para cualquier titular de derechos patrimoniales sobre el bien a expropiar, que pasa al patrimonio del ente expropiante libre de vicios y gravámenes⁴⁰⁰.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia del 10 de mayo de 1984, en este sentido destacó lo siguiente:

“El juicio expropiatorio tiene característica de ser un juicio de carácter general y universal en el sentido que afecta no sólo a las partes comparecientes sino también a terceros extraños, hasta el punto que la propiedad expropiada pasa al patrimonio del ente expropiante libre de vicios y gravámenes...En virtud de tal carácter, las discrepancias que puedan existir entre los documentos de propiedad, los datos de registro y la solicitud de expropiación en cuanto a linderos e identificación de los inmuebles objeto de la expropiación, no constituyen en sí mismas ilegalidades que permitan declarar improcedentes las acciones expropiatorias, porque dado el carácter general y universal del juicio expropiatorio se evitan y eliminan riesgos futuros, relativos a la adquisición saneada de la

³⁹⁹ Cfr. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...ob.cit.*, p.121, nota 117.

⁴⁰⁰ Vid. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, *“Contribución al estudio del artículo 101 de la Constitución de la República”...obra citada*, p. 337.

*propiedad por parte de la entidad expropiante*⁴⁰¹.

Hay que destacar que la competencia para conocer del juicio de expropiación, se encuentra asignada en atención a los supuestos siguientes:

- i) Cuando la expropiación es solicitada por la República, conocerán en primera instancia los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según lo pautado en el artículo 24, numeral 6, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de cuyas apelaciones conocerá y decidirá la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, en concatenación con el artículo 26, numeral 9, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y del artículo 23, numeral 9, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .
- ii) Cuando la solicitud es formulada por los Estados, Municipios, Institutos Autónomos o Concesionarios, la competencia en primera instancia corresponderá al Juez de Primera Instancia en lo Civil de la jurisdicción donde esté ubicado el bien a expropiar, de cuya apelación conocerá la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, según lo establecido en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, en concatenación con el artículo 26, numeral 9, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y del artículo 23, numeral 9, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El juicio expropiatorio está estructurado por tres fases claramente

⁴⁰¹ La referencia jurisprudencial es tomada de BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela...op.cit.*, pp. 189 y 190.

diferenciadas; la primera de ellas, que comprende desde el inicio de la solicitud del ente expropiante hasta la sentencia definitivamente firme que autorice la procedencia o no de la expropiación; una segunda fase, que se produce luego del fallo que declare con lugar la expropiación y en la cual se pasa a determinar el monto de la indemnización; por último, establecido el monto indemnizatorio, se entra en la etapa del pago del justiprecio propiamente tal, lo que comporta la transferencia de la propiedad⁴⁰².

Este requisito del juicio expropiatorio, constituye una garantía de orden judicial a favor del propietario afectado, ya que la Administración se encuentra coartada de tutelar por sí misma sus pretensiones. En este sentido, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ considera que dicho juicio tiene los objetivos siguientes:

- i) Controlar que el Decreto de Expropiación se ciña a los bienes indispensables para la ejecución de la *causa expropriandi*, lo que comprende verificar: a) la existencia de una obra o actividad a ejecutarse por la Administración declarada previamente por la Ley como de utilidad pública o interés social, b) la motivación de las causas por las cuales es eficiente y racional la adquisición forzosa de los bienes expropiados, como única solución admisible.
- ii) Garantizar que el Decreto de Expropiación sea concordante con la obra o actividad que sea su causa, ya que no puede ser modificado con posterioridad y justificarse en hechos distintos.
- iii) Garantizar el cumplimiento del deber de la Administración de ejecutar el Decreto de Expropiación, por lo que su inactividad (afectaciones

⁴⁰² Cfr. BADELL MADRID, Rafael, "Limitaciones legales al derecho de propiedad", en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 7, Caracas, 2002, p. 142.

eternas) constituye una lesión al derecho de propiedad⁴⁰³.

En el derecho venezolano, tal y como ha podido observarse, “*no hay expropiación sin la intervención del Juez*”⁴⁰⁴. La expropiación, como garantía constitucional del derecho de propiedad privada, constituye un freno a la autotutela administrativa o la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, que viene a ser el privilegio por excelencia y general que arroja a la Administración Pública para actuar con eficiencia en procura del interés general⁴⁰⁵.

C. Justa y oportuna indemnización.

a) Situación en España.

El empleo de la potestad expropiatoria por la Administración, produce como efecto directo e inmediato, que el administrado quede sujeto a un sacrificio singular en su patrimonio, es decir, que afecta únicamente a partes específicas de éste, no a su integridad económica, quedando compensado con una indemnización pecuniaria que restablezca la sustracción de valor en el que dicho sacrificio expropiatorio se concreta⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Sobre lo expuesto, véase a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...ob.cit.*, pp.122 y 123.

⁴⁰⁴ Vid. a BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela...op.cit.*, p. 42.

⁴⁰⁵ Cfr. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, “El papel de la propiedad privada en el derecho”, en *Enfoques actuales sobre derecho y libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y sociales, Caracas, 2013.

⁴⁰⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...ob.cit.*, p. 276; en sentido similar, confróntese a FUERTES LÓPEZ, F. Javier, “El justiprecio expropiatorio y la retasación”, en RUBIO ESCOBAR (Coordinador), *La defensa*

El artículo 33.3 de la Constitución consagra el principio de la indemnización como elemento esencial de la expropiación forzosa, el cual es desarrollado en los artículos 15 al 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, y reiterado específicamente como garantía por el artículo 124 de esa Ley. Toda expropiación, así, implica un deber de indemnizar. Si la indemnización no se encuentra presente en la expropiación, el procedimiento expropiatorio es inexistente, estando en consecuencia en presencia de una actuación material constitutiva de una vía de hecho o, en todo caso, de una institución diferente, de una figura de naturaleza distinta (comisos, confiscaciones, socializaciones generalizadas, etc.)⁴⁰⁷.

Hay que señalar, que si bien la legislación conserva la expresión medieval “justo precio”⁴⁰⁸ (abreviadamente “justiprecio”), en la economía de mercado de nuestro tiempo ese concepto escolástico de valor objetivo es puesto en crisis, al ser el mercado el que fija el valor de los bienes. Por ello, el justo precio en la expropiación ha de consistir en una compensación integral: en el valor real de los bienes, el valor de sustitución de la cosa, es decir, la cantidad que el expropiado precisa para encontrar el equivalente del bien o derecho de que se ve despojado⁴⁰⁹.

Efectivamente, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de octubre de 1998, *“El justiprecio es un valor de sustitución conmutativo del derecho expropiado”*.

judicial frente a una expropiación forzosa, Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 151.

⁴⁰⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón...*idem*.

⁴⁰⁸ Este concepto tiene génesis medieval, como intento de la teología cristiana de hallar un valor objetivo (por tanto justo) a los bienes, y con arreglo al cual debían efectuarse las transacciones de todo orden, para así subsanar los cambios anormales o especulativos (alzas o bajas) de los precios. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II, 2º edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 437.

⁴⁰⁹ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 763.

De la forma que se ha expuesto, y conforme se encuentra pautado en el artículo 33.3 de la Constitución, el ejercicio de la potestad expropiatoria supone la obligación, para el propietario o titular, de soportar la privación de sus bienes o derechos cuando medie causa que así lo justifique (utilidad pública o interés social) y el correlativo derecho de quedar, desde el punto de vista patrimonial, indemne de esa transmisión que se le impone, de manera que el resultado final del procedimiento expropiatorio sea que el expropiado mantenga el mismo patrimonio (el mismo valor patrimonial), aunque ese patrimonio quede configurado (en el sentido de la forma en la que se compone e integra) por bienes y derechos diferentes⁴¹⁰.

Es preciso destacar, que esta obligación de pago no posee el carácter de una reparación, *ex post*, de un daño patrimonial ya causado por el ejercicio de la potestad expropiatoria, sino un presupuesto, *ex ante*, para que la misma pueda producir la consecuencia de privación (presupuesto de legitimidad)⁴¹¹.

En efecto, a diferencia de lo ocurre con el instituto de la responsabilidad, la expropiación está soportada sobre el modo de incidencia de la acción administrativa en el patrimonio privado, esto es, como una acción deliberadamente dirigida al despojo, y no sobre la distinción “*actuación legítima - actuación ilegítima*”, dirigida a otros objetos principales, pero que residual y ocasionalmente causa daños a terceros (responsabilidad). Por ello, entre la indemnización expropiatoria y la indemnización derivada de la responsabilidad administrativa no hay identidad más que aparente: la causa de la indemnización expropiatoria no es la reparación de un daño previamente consumado, sino una compensación de

⁴¹⁰ Al respecto, véase a FUERTES LÓPEZ, F. Javier, “El justiprecio expropiatorio y la retasación”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa...obra citada*, p. 150.

⁴¹¹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo...citada*, p. 436.

enriquecimiento patrimonial; por otra parte, la naturaleza jurídica de la indemnización expropiatoria es su carácter preventivo, que la eleva a presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad de expropiar. No se trata de un crédito de resarcimiento, sino la de una carga (necesidad de adoptar un cierto comportamiento para obtener un resultado ventajoso) que ha de cumplir el beneficiario interesado en llevar a cabo expropiación, que si no se realiza, resultará imposible la obtención de ese resultado ventajoso, y en consecuencia, se estará en presencia de una vía de hecho, tal y como anteriormente se expresó⁴¹².

La indemnización se constituye, entonces, como un derecho para el expropiado; a su vez, comporta una obligación, un requisito esencial y presupuesto indispensable para que el beneficiario de la potestad expropiatoria pueda adquirir los bienes o derechos cuya expropiación se pretende⁴¹³. La regla general, así, y salvo casos singulares, es la *“obligación del pago del justiprecio con carácter previo a la ocupación del bien o derecho”*⁴¹⁴.

Como sustento de este carácter de presupuesto previo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ señalan los motivos siguientes:

1. Que la expresión “mediante” empleada en el artículo 33.3 de la Constitución, corresponde a “por medio de”, es decir, la vía intermedia de la indemnización para alcanzar el efecto definitivo de la privación que conlleva la expropiación, que coincide, aunque de forma menos expresiva, con la noción de “previo pago”.

⁴¹² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...ob.cit.*, p. 279.

⁴¹³ Véase a FUERTES LÓPEZ, F. Javier, “El justiprecio expropiatorio y la retasación”, en RUBIO ESCOBAR (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa...obra citada*, p. 151.

⁴¹⁴ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 763.

2. Que la causa de utilidad pública o interés social, según el mismo artículo 33 Constitucional, es lo que motiva la privación de los bienes o derechos; no obstante, ello no puede convertirse en una *“financiación adicional”*, en un *“crédito”* a favor del beneficiario de la expropiación para consignar el monto respectivo en cualquier tiempo.
3. Si la Administración es la beneficiaria de la expropiación y no tiene numerario, debe buscarlo con carácter previo, bien por medio de presupuesto (artículos 133.4 y 134 CE), o bien por un crédito que sea autorizado en una Ley (artículo 135 CE), y en uno u otro caso, sus costos deberán estar distribuidos de manera general por medio del sistema tributario que afecta a “todos” los ciudadanos por igual (artículo 31.1 CE). Ello así, pues, ninguna previsión constitucional suple el déficit de fondos generales imponiendo forzosamente un crédito individual a quienes resulten expropiados; lo que, además, por suponer una prestación obligatoria de tipo patrimonial, estaría necesitada de otra Ley específica que así la autorizara (artículo 31.3 CE) y de una Ley no discriminatoria (artículo 14 CE), como sería aquélla que permitiera gravar con tal carga, de manera exclusiva, a quienes ocasionalmente sufran alguna expropiación.
4. Que en términos de *“ortodoxia económica elemental”*, las fórmulas que buscan que la Administración o las empresas beneficiarias sean privilegiadas, permitiéndoles imponer a los expropiados cargas económicas adicionales, quebrantan manifiestamente el *“principio de transparencia del mercado”*, pues lo procedente es que la Administración pueda financiarse con los impuestos y que sus empresas o las empresas privadas lo hagan con los *“recursos del mercado”*, y en ambos casos *“operando sobre costos reales y no*

*tergiversados o falseados*⁴¹⁵.

No obstante la posición doctrinal expuesta, el Tribunal Constitucional, en la sentencia No. 166/1986, de 19 de diciembre, F.J. No. 13, ha expresado lo siguiente:

“...El art. 33.3 de la Constitución no exige el previo pago de la indemnización y esto, unido a la garantía de que la expropiación se realice <<de conformidad con lo dispuesto por las leyes>>, hace que dicho artículo consienta tanto las expropiaciones en que la ley impone el previo pago de la indemnización como las que no lo exigen, no siendo, por tanto, inconstitucional la ley que relega el pago de la indemnización a la última fase del procedimiento expropiatorio. En esta clase de expropiaciones, de las cuales son prototipo las llamadas urgentes, el momento en que se produzca el efecto traslativo de la propiedad o titularidad de los bienes o derechos expropiados no depende del previo pago de la indemnización, careciendo, por tanto, de relevancia constitucional el momento en que se opera dicha transmisión de propiedad y, en consecuencia, que ésta se produzca de manera inmediata en el mismo momento en que se acuerda la expropiación...”

Tal decisión es duramente cuestionada por PARADA VÁZQUEZ, quién no duda en denunciar el carácter anti garantista de la misma, señalando que en contraste a la densa argumentación de García de Enterría y Fernández, a que antes aludimos, la sentencia asume *“esta muy grave cuestión”* en términos *“simplistas”*, al afirmar lo innecesario del previo pago y elevar al rango constitucional la solución que contempla la legislación ordinaria para supuestos marginales de expropiación⁴¹⁶.

⁴¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...ob.cit.*, pp. 280 y 281.

⁴¹⁶ Véase a PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, “El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al*

Según la citada sentencia, entonces, es constitucional la regulación que impone el pago del justiprecio con carácter previo a la transferencia forzosa de la titularidad del bien o derecho, como también es constitucional, aquella norma que relega dicho pago al final del procedimiento expropiatorio, es decir, a un momento en el que dicha transferencia ya ha tenido lugar⁴¹⁷.

Hay que destacar, también, que la regla general del previo pago encuentra excepciones en la propia legislación expropiatoria, al contemplar situaciones en las cuales ese pago puede ser efectuado con posterioridad a la ocupación del bien, como son: *i)* La necesidad de urgente ocupación (art. 52 LEF); *ii)* Las ocupaciones temporales (arts. 108 al 119 LEF y 125 al 132 REF); y *iii)* En los casos de destrucción, detrimento efectivo o requisas (art. 120 LEF).

i) Necesidad de urgente ocupación.

El artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa permite - por vía de excepción - la declaratoria de urgencia de la ocupación de los bienes afectados por la expropiación, lo que conlleva, por una parte, a que se entienda cumplido el trámite relativo a la necesidad de ocupación y, por la otra, que pueda procederse de inmediato a la ocupación inmediata de aquéllos sin que antes se haya determinado y hecha efectiva la correspondiente indemnización, la cual queda desplazada a un momento posterior de la ocupación.

Como requisito para proceder a esa ocupación urgente, dicha norma

profesor Eduardo García de Enterría, Vol. II, De los Derechos y Deberes Fundamentales, Civitas, Madrid, 1991, p. 1297.

⁴¹⁷ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...obra citada*, p. 831.

exige a la Administración el cumplimiento de los trámites siguientes:

UNO: El levantamiento de un acta previa a la ocupación, a la que concurren los interesados, citados personalmente y por edictos en periódicos oficiales y diarios, y en la que ha de describirse el bien o derecho expropiable e incluirse las *“manifestaciones y datos”* que aporten los comparecientes, y que *“sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, el valor de aquéllos y los perjuicios determinantes de la rápida ocupación”*.

DOS: La formulación por parte de la Administración de las *“hojas de depósito”* previo a la ocupación, que habrá de consignar en la *“Caja General de Depósitos”*, equivalente a la capitalización al interés legal de los líquidos imponibles que en la valoración fiscal correspondan a los bienes a expropiar.

TRES: Efectuado el depósito y abonados los perjuicios de la ocupación expedita, la Administración procederá a la ocupación inmediata del bien que se trate, en un plazo máximo de 15 días, sin que sea admisible al poseedor entablar interdictos de retener y recobrar.

Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ señalan que la cifra que por concepto de depósito previo a la ocupación, si bien se le da la denominación de indemnización expropiatoria para cumplir con la regla del previo pago, se trata sin embargo de un *“mero remedo”*, ya que la indemnización expropiatoria será aquella que posteriormente a la ocupación haya de fijarse y pagarse según el régimen ordinario, conforme pauta el número 7 de ese artículo 52; además, cuantitativamente, esas capitalizaciones de los líquidos disponibles suelen arrojar cifras muy inferiores, prácticamente simbólicas, a los justiprecios reales, por ende desprovistas de valor sustitutivo alguno del bien de que la ocupación priva al

expropiado⁴¹⁸.

En este sentido, sostienen los mencionado autores, que las expropiaciones urgentes han ocasionado la “*desnaturalización del sistema expropiatorio*”, lo que ha generado una grave crisis de toda la regulación legal de la expropiación, por las razones siguientes: *i)* Las declaraciones de urgencia no se producen verdaderamente en base a urgencias reales y constatadas, que justifiquen una efectiva excepción al sistema general de previo pago, sino que buscan una elusión del mismo; *ii)* Tales declaraciones preceden normalmente en años a su aplicación específica a expropiaciones determinadas; *iii)* No se refieren a una obra o finalidad determinada, sino a fines u obras genéricamente aludidas e, incluso, a todas las obras y servicios públicos, en bloque; *iv)* No se producen estas declaraciones de urgencia respecto de obras con proyecto y replanteo aprobado, tal y como exige la Ley, sino que se refieren a obras y finalidades que carecen de proyecto y, lo que es peor, sin siquiera haber sido imaginadas; *v)* Dichas declaraciones, generalmente, carecen de motivación, así como de la mención expresa de los bienes afectados, conforme exige el artículo 56 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa; *vi)* Tampoco en este tipo de procedimientos de urgencia, las determinaciones y pago de los justiprecios de los bienes ocupados son objeto de tramitación preferente y de rápida resolución, como impone la Ley, sino que sucede todo lo contrario, pues los expedientes de los justiprecios tardan años en concluirse y abonarse; y *vii)* En el caso las fincas que han sido ocupadas por razones de urgencia, tradicionalmente no son incluidos en los justiprecios los frutos dejados de percibir durante los largos años de ocupación previa⁴¹⁹.

⁴¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...citada.*, p. 287.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 289.

ii) Las ocupaciones temporales.

El artículo 108 de la Ley de Expropiación Forzosa, consagra las ocupaciones temporales como otro de los supuestos que constituyen una excepción a la regla del previo pago, pues, si bien la legislación impone una serie de estimaciones previas de los perjuicios que la ocupación ha de causar e imponer su abono previo, se trata en definitiva de simples estimaciones, de cálculos abstractos, que sólo podrán concretarse a la realidad de los perjuicios cuando éstos sean consumados, lo cual es posible liquidar con posterioridad, una vez cesada la ocupación.

Este supuesto de ocupación previa se verifica cuando se trate de los casos siguientes:

1. Estudios u operaciones facultativas de corta duración, recogida de datos o replanteo de obras.
2. Instalaciones auxiliares.
3. Extracción de materiales.
4. Trabajos necesarios para que la propiedad cumpla con las exigencias sociales que se trate.

Hay que destacar, que quedan exceptuados de los supuestos anteriores los casos de ocupaciones temporales e imposición de servidumbres de viviendas, en los cuales habrá de obtenerse el permiso expreso de su morador.

iii) La destrucción, detrimento efectivo o requisa.

Se trata de expropiaciones efectuadas en estado de necesidad, es decir, a consecuencia de graves razones de guerras, orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades (arts. 101 al 107 y 120 LEF), que impiden el cumplimiento de las formalidades que exige la Ley para proceder a la expropiación.

Si bien en tales casos se reconoce el derecho del propietario afectado a ser indemnizado en la lesión acaecida en su patrimonio, su satisfacción queda sometida a un momento posterior al del despojo, rompiendo tal hecho de necesidad la regla del previo pago.

b) Situación en Venezuela.

Además de la previa declaratoria de utilidad pública o interés social y la obligación de obtener la autorización judicial sobre la procedencia del Decreto Expropiatorio por sentencia definitivamente firme, debe el ente expropiante garantizar al expropiado una justa y oportuna indemnización (artículos 115 de la Constitución y 2 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, transcritos con anterioridad).

Ello así, pues, tal y como expresa BREWER-CARÍAS⁴²⁰, si bien se otorga al Estado la posibilidad de apoderarse de determinados bienes de los particulares, no significa con ello que los derechos de éstos claudican totalmente ante aquél, sino que en el lugar de su derecho de propiedad, que

⁴²⁰ BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 453.

desaparece, surge un nuevo derecho, el derecho a ser indemnizado y, por tanto, a recibir una justa compensación.

En este sentido, la jurisprudencia ha definido a la justa indemnización como una garantía que implica *“que el expropiado reciba por reparación una suma de dinero que sea equivalente a la pérdida sufrida, de manera que la acción expropiante no tenga como correlativo el empobrecimiento ni el enriquecimiento del expropiado”*⁴²¹.

En efecto, hemos señalado que el instituto expropiatorio regula dos diferentes campos de interés: por un lado, el interés público que requiere de un determinado bien; por el otro, el legítimo derecho de la propiedad. Así pues, que el bien común se logre con la menor lesión posible al bien particular, constituye el *“desiderátum”* en la materia expropiatoria⁴²².

Ello se logra, asegurando que el patrimonio total de la persona que sufre la acción pública de despojo de la propiedad, *“al final del día”*, termine idéntico, que no sufra variación, ni pérdidas, así como tampoco ganancias o un enriquecimiento. Debe quedar sustituido, pues, un activo por otro. La justa indemnización conlleva a evitar que la persona involucrada en la acción pública en beneficio de la colectividad termine sufragando en mayor medida que el resto, al menos desde una perspectiva patrimonial, los gastos públicos⁴²³.

Además, para que exista justa indemnización, la jurisprudencia ha dicho que *“cuando se reintegra al expropiado el valor económico equivalente*

⁴²¹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 08 de octubre de 1991, caso *Alicia Pares Montbrun*, en *20 años de jurisprudencia. Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en materia de: Expropiación. Años 1977.1996*, FUNEDA, Caracas, 1998, pp. 160 y 161.

⁴²² Vid. SILVA ARANGUREN, Antonio y LINARES BENZO, Gustavo, *La expropiación en Venezuela*, UCAB, 2011, p. 78.

⁴²³ Vid. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o Vías de Hecho?...obra citada*, p. 104.

del que se le priva”, debe comprenderse “no sólo dicho valor, sino también los perjuicios que tengan su causa directa e inmediata en la expropiación. De manera que si ese valor se percibe sin tener en cuenta la depreciación de la moneda con que se paga, la indemnización no será justa ni integral”⁴²⁴.

Tal decisión ha sido reiterada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 17 de julio de 2002, al señalar que en el cálculo de la indemnización *“es procedente aplicar factores de corrección monetaria, ya que, en caso contrario, la indemnización no cumpliría con los requisitos de actualidad e integridad, es decir, de justicia”,* puesto que, *“cuando el signo monetario con que se va a pagar la indemnización se deprecia, es forzoso tener en cuenta tal depreciación a objeto de mantener inalterable el concepto de valor indemnizatorio. Un contrario proceder, comportaría que la suma de dinero establecida a favor del propietario no sería equivalente a la pérdida por él sufrida”.* Por ello, *“se ha señalado que hay justa indemnización cuando se reintegra el expropiado un valor económico equivalente del que se le priva”,* y por esa razón, *“todos los perjuicios derivados directa e inmediatamente de la expropiación, deben quedar comprendidos en la justa indemnización”⁴²⁵.*

Resulta oportuno destacar, que la derogada Ley de Expropiación permitía la satisfacción de la indemnización mediante bonos, títulos o certificados del Estado representativos de la acreencia. Tal modo de proceder, no obstante, ha sido suprimido en la actual Ley de 2002, que en su artículo 7, numeral 4, exige que la compensación dineraria sea realizada en dinero efectivo.

⁴²⁴ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 07 de noviembre de 1988, caso *Natalio Hecker y Compañía, S.A.*, en *20 años de jurisprudencia. Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en materia de: Expropiación. Años 1977.1996*, pp. 163 y 164.

⁴²⁵ La referencia jurisprudencial es tomada de SILVA ARANGUREN, Antonio y LINARES BENZO, Gustavo, *La expropiación en Venezuela...obra citada*, pp. 82 y 83.

Es preciso decir, que la cantidad de dinero que recibe el expropiado por concepto de indemnización expropiatoria no puede ser considerada como precio en sentido análogo a la compraventa, pues, a diferencia de ésta, la expropiación no reviste tal carácter, ni siquiera es un contrato. Así, en la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad del dominio y el vendedor a la entrega de una suma de dinero. Por el contrario, en la expropiación el propietario no se obliga a transferir la propiedad, sino que es constreñido a hacerlo forzosamente por acto unilateral del Estado, sin que le sirva de nada oponer alguna resistencia. Asimismo, hay que destacar en este sentido, que la Constitución no hace referencia a “*precio*” sino a “*indemnización*”, que, como ya hemos visto, está referida a la compensación por el sacrificio del particular en el valor real del bien de su propiedad, lo que comprende la inclusión de todos los conceptos necesarios para que el patrimonio del expropiado se mantenga inalterado, sin que se produzca pérdida o enriquecimiento alguno⁴²⁶.

De igual manera, para que la indemnización sea justa, ha de ser oportuna, es decir, que su pago debe ser hecho a tiempo. En este sentido, se afirma que la indemnización “*no constituye el cumplimiento de una obligación de reparación*”⁴²⁷, ya que no hay daño, no se ha originado; el efecto expropiatorio (traslación de propiedad) se produce una vez y como se satisfaga el pago de la indemnización. Así está establecido en la Constitución de 1999. Esta, a diferencia de la de 1947 y de 1961, exige que medie previamente la indemnización para que pueda procederse a la expropiación. Rige entonces en el derecho venezolano el criterio del previo pago.

⁴²⁶ Véase al respecto a BERMÚDEZ ALFONSO, Diógenes, “La justa indemnización en la actividad expropiatoria”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 106, UCV, Caracas, 1998, pp. 254 y 255.

⁴²⁷ Vid. SILVA ARANGUREN, Antonio y LINARES BENZO, Gustavo, *La expropiación en Venezuela...obra citada*, p. 81. No obstante, un sector de la doctrina considera a la expropiación equiparable con la institución de la responsabilidad, al entender que aquélla se extiende a toda privación patrimonial derivada del ejercicio de potestades administrativas lícitas. En este sentido, véase a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...ob.cit.*, pp. 127 y ss.

El traslado del dominio no se produce ni con el posible convenio del expropiado en el juicio expropiatorio, ni con la sentencia, que es mero declarativa. La indemnización, materialmente efectuada por medio del pago al expropiado, es requisito previo para que se produzca efectivamente la expropiación. Tanto así, que el pago determina igualmente *“que los créditos privilegiados o hipotecarios que existan sobre el bien se trasladen al justiprecio en las mismas condiciones que lo recibe el propietario”*⁴²⁸.

Sólo después de que el Juez verifique que haya sido efectuado el pago del justo precio por el expropiante - que además de ser en efectivo, en moneda de curso legal, debe realizarse en un único acto y por la totalidad del monto establecido - es que se ordenará la realización de los actos correspondientes para la traslación efectiva de la propiedad⁴²⁹.

Este requisito esencial de la indemnización en materia expropiatoria es lo que determina su naturaleza jurídica: *“es un presupuesto de legitimidad del ejercicio de la potestad expropiatoria”*, y por ende se resuelve en una carga que ha de cumplir el ente expropiante para poder consumir la expropiación. En otras palabras, sin entrega de la justa indemnización es imposible que el derecho sobre el bien expropiado ingrese al patrimonio del expropiante. La justa indemnización deviene así en *“conditio iuris”* de la producción del efecto expropiatorio⁴³⁰.

Debemos hacer mención, que al igual que sucede en el ordenamiento español, en la legislación venezolana también existen excepciones al requisito del previo pago de la indemnización expropiatoria, como lo son, los supuestos de la ocupación previa y de la ocupación temporal.

⁴²⁸ Cfr. BADELL MADRID, Rafael, “Limitaciones legales al derecho de propiedad”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Temas de Derecho Administrativo...ob.cit.*, p 150.

⁴²⁹ Véase a CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o Vías de Hecho?...obra citada*, pp. 106 y 107.

⁴³⁰ Vid. SILVA ARANGUREN, Antonio y LINARES BENZO, Gustavo, *La expropiación en Venezuela*, UCAB, 2011, p. 77.

En el primero de los casos, se trata de un mecanismo que permite poner en posesión del bien al ente expropiante desde el inicio del juicio expropiatorio, con lo cual se adelantan sus efectos. Tal mecanismo, procede en los casos donde la obra está comprendida dentro de los supuestos declarados como de utilidad pública por la propia Ley de Expropiación Forzosa (art. 14), y que la autoridad a quien compete su ejecución la haya calificado de urgente realización. En efecto, el artículo 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, dispone que:

“Artículo 56.

Cuando la obra sea de utilidad pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de esta Ley y la autoridad a quien compete su ejecución la califique de urgente realización, deberá hacer valorar el bien por una Comisión de Avalúos designada, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 ejusdem a los fines de la ocupación previa, la cual será acordada por el tribunal a quien corresponda conocer del juicio de expropiación, después de introducida la demanda respectiva y siempre que el expropiante consigne la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien. El resultado de esa valoración no será impugnabile por ninguna de las partes, y sólo servirá para que el tribunal de la causa decrete la ocupación previa del bien y se garantice el pago al expropiado.

Antes de procederse a la ocupación previa, el Juez de la causa, efectuará la correspondiente notificación al propietario y a los ocupantes, si los hubiere. Vencido el lapso de comparecencia previsto en el artículo 72 de esta Ley, sin que se haya formulado oposición justificada, el propietario podrá convenir con el avalúo realizado. El Juez dará por consumado el acto, y se procederá como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El acto por el cual el propietario conviene en el avalúo es irrevocable, aún antes de la homologación del tribunal”.

Tal y como puede observarse de la disposición legislativa transcrita, si bien se exige la realización de un avalúo, éste viene a ser una suerte de garantía que se le otorga al propietario afectado, pero que no guarda relación con el avalúo correspondiente a la justa indemnización. Así ha sido afirmado por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1° de febrero de 1992, al señalar que:

“...la jurisprudencia de forma ya reiterada ha reconocido que el avalúo previo es típicamente precautelativo, sólo destinado a resarcir perjuicios que el ente expropiante pudiere ocasionarle a su contraparte en el proceso en virtud de la ocupación previa misma y en modo alguno tiene por finalidad hacer estimaciones indemnizatorias”.

De igual manera, ha precisado la jurisprudencia que en la ocupación previa, el avalúo debe efectuarse en base a criterios actuales, y no en base a todos los factores requeridos para determinar la justa indemnización. Tal avalúo, además, no es definitivo ni vinculante, hasta el punto que el expropiado no tiene por qué conformarse con él, bastándole con no manifestar su aceptación para que no se convierta en definitivo⁴³¹.

Así pues, a pesar de no corresponderse este avalúo con la justa indemnización, la ocupación previa produce el despojo de los expropiados de su patrimonio, a cambio de la consignación de un monto que es calculado sin su vigilancia y exento de todo control judicial, y tienen que soportar, además, en esa condición, la duración del juicio de expropiación.

El otro de los supuestos que rompe con el principio de previo pago de la justa indemnización, es el relativo al mecanismo de ocupación temporal.

⁴³¹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 13 de febrero de 1992. La referencia es tomada de BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela...obra citada*, p. 327.

Tal figura se encuentra regulada en el artículo 52 de la Ley de Expropiación, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 52.

Toda obra declarada de utilidad pública lleva consigo el derecho a la ocupación temporal de las propiedades ajenas por parte del que las ejecute, en los casos siguientes:

- 1. Hacer estudios o practicar operaciones facultativas, de corta duración, que tengan por objeto recoger datos para la formación del proyecto o para el replanteo de la obra.*
- 2. Para el establecimiento provisional de estaciones de trabajo, caminos, talleres, almacenes o depósitos de materiales, y cualquiera otra que requiera la obra para su construcción o reparación.*

La ocupación durará tan sólo el tiempo absolutamente indispensable, no debiendo, en ningún caso, concederse por un término mayor de seis (6) meses. Sin embargo, podrá prorrogarse por igual término, y por una sola vez, por causa debidamente justificada”.

Este mecanismo constituye una limitación del derecho de propiedad en sus atributos de uso y disfrute, si bien con carácter temporal y no supone la extinción del dominio del bien a su titular. El bien objeto de dicha ocupación ha de ser uno distinto del que se pretende expropiar.

Hay que destacar, que el procedimiento seguido en la ocupación temporal es de naturaleza administrativa, tal y como se encuentra pautado en el artículo 53 de la Ley. Si bien se exige en el artículo 55 eiusdem la obligación de indemnizar al propietario, éste deberá esperar a la cesación de la medida a fin de que pueda establecerse el monto de la respectiva indemnización, la cual, valga acotar, tiene naturaleza resarcitoria y no compensatoria como es el de la justa indemnización expropiatoria.

De igual manera, tal mecanismo está previsto en caso de fuerza mayor o de necesidad absoluta, como incendios, inundaciones, terremotos, hechos calificados como catastróficos o semejantes, en cuyos casos, si hubiere lugar a ello, procederá la respectiva indemnización.

2. GARANTÍAS DE LA EXPROPIACIÓN.

Como ya hemos podido expresar, los ordenamientos jurídicos de España y de Venezuela coinciden en consagrar a la institución expropiatoria bajo una doble perspectiva o dimensión: *i)* Como potestad pública, en ejercicio de la cual el Estado puede materializar el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a las crecientes exigencias de la justicia social; y *ii)* Como garantía constitucional del derecho de propiedad privada.

En su configuración como garantía del derecho de los particulares, también señalamos que podía ser clasificada en tres grupos: *i)* como una garantía jurídica, toda vez que el ejercicio de la potestad pública ha de estar circunscrita a una serie de normas y formalidades legales (garantía formal), lo que forzosamente conlleva a la observancia del procedimiento legalmente establecido; *ii)* como una garantía patrimonial, ya que en el lugar del derecho de propiedad del particular, que desaparece, surge un nuevo derecho, el de ser indemnizado y, en consecuencia, recibir una justa indemnización; y *iii)* como una garantía de devolución, representada en el derecho del particular de solicitar la restitución del bien cuando éste no es destinado al fin de utilidad pública o de interés social que motivó la expropiación.

A. La garantía formal: el procedimiento expropiatorio, la reserva de ley específica, disposición formal que declare la utilidad pública y la declaratoria de expropiación total o parcial de la propiedad.

a) Situación en España.

i. La reserva de Ley específica. Disposición formal que declare la utilidad pública.

El artículo 105 de la Constitución establece una reserva genérica de Ley en materia de procedimiento administrativo, la cual, evidentemente, ha de extenderse al procedimiento expropiatorio⁴³². Tal y como expresa BARNÉS, la reserva legal en materia expropiatoria reviste una importancia que no puede relativizarse, cual es, que las normas legales de procedimiento (entendidas en un sentido amplio, ya que se encuentran incluidas también normas materiales, como son las relativas al cálculo de la indemnización) garantizan el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), proporcionalidad (art. 1.1 CE), seguridad y certidumbre jurídica (art. 9.3 CE) y, finalmente, que la Administración, sometida a la Ley y al Derecho, sirva con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE). Se trata, en definitiva, de una garantía sustantiva inherente al Estado de Derecho⁴³³.

⁴³² Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...obra citada*, p. 825.

⁴³³ BARNÉS, Javier, "El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978", en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 56.

Así, el ejercicio de la potestad expropiatoria se encuentra condicionado por su sometimiento a un procedimiento formal y estricto, cuyas etapas principales van más allá del carácter de simples trámites establecidos en garantía de interés público, ya que se configuran en verdaderos derechos de los particulares expropiados.⁴³⁴

La Ley de Expropiación Forzosa se erige entonces como el instrumento que regula, con carácter general, el régimen jurídico expropiatorio.

Hay que resaltar, que la Ley de 1879 estructuraba el procedimiento expropiatorio en cuatro períodos que se correspondían con los “*cuatro momentos lógicos*” que cabe descubrir en la operación expropiatoria, a saber: *i)* Autorización de la expropiación, *ii)* su aplicación para un bien o derecho concreto; *iii)* Fijación de la indemnización; y *iv)* Consumación por el pago y toma de posesión⁴³⁵.

Sin embargo, en la Ley de 1954 la declaratoria de utilidad pública o interés social es desglosada del procedimiento expropiatorio, configurándola como “*verdadero presupuesto de la expropiación*”, cuya importancia fundamental y significación reside en el hecho de ser materia reservada a una ley formal, esto es, como una competencia legislativa y no administrativa. De esta manera, el ejercicio de la potestad expropiatoria queda condicionado a esa previa “*auctoritatis interpositio*” de la ley, sin la cual no puede llevarse a efecto⁴³⁶.

Al respecto, es preciso recordar, que este sistema se quiebra en los

⁴³⁴ Véase a GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, 11º edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 265.

⁴³⁵ Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, *ídem*.

⁴³⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...obra citada*, p. 85. Señala en este sentido el mencionado autor, que debió haberse consagrado esta figura fuera del Título II de la Ley, ya que el epígrafe alude al procedimiento.

casos en que el Legislador es quien procede a expropiar a través de leyes singulares, pues, a la vez que norma la declaratoria de utilidad pública o interés social, también ejecuta, lo cual, además, y como también ya hemos señalado en otro lugar, menoscaba el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva del particular expropiado.

Igualmente hemos dicho, que esta declaratoria de utilidad pública o interés social puede ser efectuada de manera específica, genérica, por categoría de obras, servicios o fines, como también, por encontrarse efectuada tal calificación de forma implícita.

Así pues, la ley define, ordinariamente de modo genérico, el campo reservado a la expropiación; marca las grandes líneas jerarquizadoras del orden social de los bienes, para cuya aplicación y ejecución concretas se moviliza el instituto expropiatorio. De ahí que la ley que declara la utilidad pública o el interés social no constituya una fase del procedimiento de expropiación, ni la necesidad formal de su precedencia se traduce en obligación para la Administración de proceder a expropiar, pues, ésta, dentro del marco genérico delimitado por la ley, ejercita discrecionalmente su potestad expropiatoria⁴³⁷.

ii. El procedimiento expropiatorio. La declaratoria de expropiación total o parcial de la propiedad.

Una vez que el legislador ha abierto el campo específico de actuación de la Administración para que ejerza la potestad expropiatoria, declarando la utilidad pública o el interés social en la Ley, debe la Administración

⁴³⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...obra citada*, p. 89.

someterse, ceñirse, a un procedimiento riguroso y preciso, previsto también legalmente, que condiciona su legitimidad. Dicho procedimiento, como ya se dijo, está concebido como garantía del sujeto expropiado, como un derecho de éste.

La Ley de Expropiación Forzosa establece, así, un procedimiento general (Título II) y otros especiales (Título III). En cuanto al procedimiento general, hay que decir que se desarrolla en tres fases sucesivas, como son: *i)* Declaración de necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de derechos; *ii)* Determinación del justo precio; y *iii)* Pago y toma de posesión final.

Por su parte, los procedimientos especiales están tipificados en dicha Ley (arts. 71 al 107) según distintos criterios, a saber: *i)* Por la extensión del objeto expropiado (“expropiación por zonas o grupos de bienes”); *ii)* Por razón del sujeto (“Por entidades locales”); *iii)* Por los efectos colectivos que se deriven (“expropiación que dé lugar a traslado de poblaciones”); y *iv)* Por motivo de la causa especial determinante (“incumplimiento de la función social de la propiedad”, “bienes de valor artístico, histórico y arqueológico”, “razones de urbanismo”, “obras públicas”, “razones de defensa nacional y seguridad de Estado”)⁴³⁸.

El procedimiento general previsto en el Título II de la Ley de Expropiación Forzosa, se inicia con *“la declaración o el acuerdo de necesidad de ocupación”*, tal y como pauta el artículo 21 *eiusdem*. Esta declaración o acuerdo constituye el primer paso de la expropiación; supone la materialización de la *causa expropriandi* cuando la declaratoria de utilidad

⁴³⁸ *Ibidem*, pp. 92 y 93. Escapa del alcance de esta investigación referirnos a estos procedimientos especiales de manera individualizada, por lo que nos limitaremos a lo que concierne al procedimiento que regula a la institución expropiatoria con carácter genérico.

pública o de interés social se efectúa de manera genérica⁴³⁹.

Esta primera fase del procedimiento tiene un sentido de complementariedad con la declaración de utilidad pública o de interés social, pues, mientras a esta última concierne únicamente la identificación del fin al que se va a destinar el bien objeto de la expropiación, con la declaratoria de necesidad de ocupación, se concreta la identificación precisa de los bienes que son afectados para la aplicación a ellos del mecanismo expropiatorio⁴⁴⁰.

Para ello, dicho requisito cumple diversas funciones: *i)* Permite proceder a la singularización de los bienes a expropiar, determinando la extensión necesaria para el respectivo proyecto o finalidad; *ii)* Sirve para precisar quiénes ostentan la condición de expropiados; *iii)* Permite discutir la sustitución de los bienes elegidos por la Administración por otros bienes alternativos para el mismo proyecto⁴⁴¹.

La declaración de necesidad de ocupación se realiza mediante un acto administrativo *ad hoc*, que debe tener el contenido siguiente: *i)* La norma o el plan en los que se contenga la declaración de utilidad pública o interés social (arts. 9 y 11 LEF); *ii)* Los bienes o derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación (art. 15 LEF); *iii)* Los bienes que, desde un punto de vista técnico y social, sean más adecuados o convenientes para lograr el fin que la operación expropiatoria persigue (art. 19.1 LEF)⁴⁴².

Para llevar a cabo la declaración de la necesidad de ocupación, los

⁴³⁹ Vid. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*, 3ª edición, La Ley/El Consultor, Madrid, 2007, p. 119.

⁴⁴⁰ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XIV, *La actividad regulatoria de la Administración...obra citada*, p. 399.

⁴⁴¹ Véase a PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte general...citada*, p. 588.

⁴⁴² Al respecto, véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...ob.cit.*, p. 768; igualmente, confróntese a SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo. Vol. II...citada*, p. 447.

artículos 17 al 21 de la Ley de Expropiación Forzosa establecen, como regla general, los trámites que seguidamente se indican y que pueden agruparse en tres fases:

- En primer lugar, el beneficiario de la expropiación está obligado a formular una relación concreta e individualizada en la que se describan, en todos los aspectos (tanto material como jurídico), los bienes o derechos cuya expropiación considere necesaria (art. 17.1 LEF).
- Una segunda fase, en donde esa relación es sometida a información pública por un plazo de quince (15) días, la cual, cuando se trate de expropiaciones efectuadas por el Estado, deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado, en el de la Provincia respectiva, así como en uno de los diarios de mayor circulación existentes en dicha Provincia (art. 18 LEF). Aquí, puede comparecer cualquier persona y formular alegatos para que sean rectificados posibles errores de forma de la relación publicada, como también, para oponerse por motivos de fondo o forma a la necesidad de ocupación (art. 19 LEF).
- Por último, a la vista de las alegaciones formuladas, la Administración ha de dictar, en el plazo máximo de veinte (20) días, la resolución sobre la necesidad de ocupación, describiendo detalladamente los bienes y derechos afectados y designando nominalmente a los interesados con los que hayan de entenderse los sucesivos trámites (art. 20 LEF). Esta resolución inicia el expediente expropiatorio, debiendo ser notificada a los interesados de manera individual, así como publicarse de igual forma que el anuncio de información pública (art. 21.2 y 3 LEF)⁴⁴³.

⁴⁴³ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...ob.cit.*, p. 768;

Hay que señalar, empero, que el diseño garantista del procedimiento que hemos descrito puede resultar desvirtuado, toda vez que, frente los trámites generales que comprende, es más común la utilización de la excepción prevista en el artículo 17.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, esto es, la técnica de las declaraciones implícitas de necesidad de ocupación⁴⁴⁴.

Contra el acuerdo o declaración de necesidad de ocupación, cabe la formulación de recurso de alzada ante el órgano jerárquico correspondiente según la organización de la Administración expropiante (art. 22.1 y 2 LEF); dicho recurso tiene efecto suspensivo (art. 22.3 LEF), lo que supone una excepción al régimen general establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (LRJPAC), al igual que los lapsos de interposición y de resolución del recurso, que ha sido confirmada, sin embargo, por el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 junio de 1994.

Se precisa destacar, que el artículo 22.3 de la Ley de Expropiación Forzosa establece la imposibilidad de recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa en contra de la resolución del recurso antes mencionado; sin embargo, en la actualidad, tal extremo ha devenido en inconstitucional en razón de los artículos 24 y 106.1 de la Constitución, y desde la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1983, debiendo en consecuencia considerarse derogada tal prohibición, y así lo tiene establecido la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en las sentencias de 4 de abril, 6 de junio y 28 de noviembre de 1984; 5 de marzo de 1986; 20 de julio de 1987; 9 de marzo y 3 de julio de 1993; 7 de

asimismo, confróntese a SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo. Vol. II...citada*, p. 448; de igual forma, véase a LÓPEZ MENUDO, Francisco, CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio, *La expropiación forzosa...obra citada*, p. 117.

⁴⁴⁴ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración...obra citada*, p. 401.

noviembre de 1994; 14 de noviembre de 2006; y de 29 de mayo de 2007⁴⁴⁵.

Igualmente, resulta necesario mencionar que la Ley de Expropiación Forzosa permite a la Administración ocupar solamente una parte de una finca rústica o urbana, esto es, las llamadas *expropiaciones parciales*, en cuyo caso, el propietario tiene el derecho de solicitar a la Administración que la expropiación comprenda la totalidad del inmueble, cuando le resulte antieconómico la conservación de la parte no expropiada. Así se encuentra previsto en el artículo 23 de la Ley, bajo el tenor siguiente:

“Artículo 23.

“Cuando la expropiación implique sólo la necesidad de ocupación de una parte de finca rústica o urbana, de tal modo que a consecuencia de aquélla resulte antieconómica para el propietario la conservación de la parte de finca no expropiada, podrá éste solicitar de la Administración que dicha expropiación comprenda la totalidad de la finca, debiendo decidirse sobre ello en el plazo de diez días. Dicha resolución es susceptible del recurso de alzada previsto en el artículo anterior, y no se dará el recurso contencioso-administrativo, estándose a lo dispuesto en el artículo 46.”

La decisión de la Administración sobre la expropiación total de la finca es discrecional; no obstante, en el supuesto que proceda a rechazar la solicitud, deberá indemnizar al propietario por el demérito que le ocasione esa expropiación parcial, incrementando el justiprecio en la cuantía que proceda (art. 46 LEF), que en ningún caso podrá resultar superior al que

⁴⁴⁵ Sobre el particular, véase a PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte general...citada*, p. 590; igualmente, a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...ob.cit.*, p. 769; asimismo, confróntese a MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración...obra citada*, p. 404; de manera similar, obsérvese a LÓPEZ MENUDO, Francisco, CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio, *La expropiación forzosa...citada*, p. 118; también, véase a SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo. Vol. II...citada*, p. 449.

correspondería a la expropiación total del inmueble (art. 46 REF)⁴⁴⁶.

En materia de expropiaciones parciales, la exclusión del control contencioso de las decisiones de la Administración prevista en el citado artículo 23, ha sido desplazada y derogada por la Constitución en los mismos términos que la establecida en el artículo 22.3 de la misma Ley, a la cual nos referimos anteriormente⁴⁴⁷.

Por otra parte, debemos expresar que constituyen excepciones al trámite de la declaración de la necesidad de ocupación, los supuestos de estado de necesidad y el de urgencia, a los cuales hicimos mención en rótulo anterior.

En efecto, en el caso del estado de necesidad, que procede cuando se está en presencia de requisas militares (*p.e.* situaciones de guerra), como de requisas civiles (*p.e.* situaciones de orden público, calamidades, epidemias, inundaciones, etc.), se exime a la Administración de los requisitos y procedimientos que de ordinario le obligan para ejercitar su potestad expropiatoria, pudiendo extenderse a cuantos bienes y derechos se juzguen necesarios para atender la situación de emergencia, concretándose en despojos instantáneos.

En cuanto al procedimiento de urgencia, tal y como pauta el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, su declaración basta para entenderse cumplido el trámite relativo al acuerdo de necesidad de ocupación, y consiste, en definitiva, en una inversión de determinadas fases del procedimiento expropiatorio, como lo es, la anticipación de la ocupación de los bienes antes de que tenga lugar la fijación definitiva y el pago del

⁴⁴⁶ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte general...ob.cit.*, p. 713.

⁴⁴⁷ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración...obra citada*, p. 407.

justiprecio, el cual es pospuesto para el final del procedimiento⁴⁴⁸.

*iii. Carácter esencial del procedimiento expropiatorio:
garantía del particular.*

La potestad de expropiar ha sido construida como un poder sujeto a límites concretos, que se configuran como presupuestos de validez de su ejercicio, de tal forma que sólo dentro de ellos la acción al patrimonio privado puede ser calificada de jurídica. Esos límites de la potestad expropiatoria, dentro de los cuales la propiedad y los derechos patrimoniales claudican efectivamente, instrumentan también una garantía a favor del particular, cuál es, que esa potestad debe estar circunscrita a un procedimiento en el que se manifieste, y que en cada una de sus fases particulares es elevado a presupuesto de ejercicio de la expropiación, lo que demarca, a su vez, una zona legítima y otra ilegítima del ejercicio de ese poder. Una actuación contraria o al margen de esos límites no podrá ser considerada como expropiación, como un poder jurídico, sino un despojo ilegal, arbitrario, del derecho de propiedad privada del particular afectado, frente al cual el ordenamiento jurídico reacciona por su propia virtud y eficacia⁴⁴⁹.

En este sentido, el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa consagra que:

“Artículo 125.

Siempre que, sin haberse cumplido los requisitos

⁴⁴⁸ Vid. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte general...citada*, pp. 609 y 610.

⁴⁴⁹ Véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...obra citada*, pp. 101 y 102.

sustanciales de la declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida.”

La previsión anterior, regula lo que se conoce como la vía de hecho expropiatoria, definida por la doctrina como *“todo ataque a la propiedad, derechos e intereses patrimoniales legítimos que provenga de la Administración o de sus agentes o delegados y que, implicando por su contenido una verdadera expropiación, no se acomode, sin embargo, a los límites definidores de la potestad expropiatoria o, aún dentro de ellos, no se ejercite precisamente por el cauce procedimental que la Ley señala, sino solamente <<de hecho>>”*⁴⁵⁰.

Así pues, la vía de hecho queda excluida de la legalidad en el ordenamiento español; frente a ella el particular afectado se encuentra apoderado con acciones defensivas generales para proteger eficazmente su integridad patrimonial contra la articulación irregular la de Administración.

b) Situación en Venezuela.

A diferencia del ordenamiento español, la regulación del procedimiento no está reservada a la Ley por así preverlo directamente el precepto constitucional que consagra a la institución expropiatoria (art. 115 CRBV),

⁴⁵⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...op. cit.*, p. 270.

sino que deviene de la regulación contenida en el artículo 156, numeral 32 *eiusdem*, que reserva al Poder Público Nacional la legislación en materia de expropiación forzosa.

Tal y como apuntamos anteriormente, en Venezuela la materia expropiatoria procura la intervención de las tres ramas clásicas del poder público⁴⁵¹, a fin de que sea garantizado el respeto del interés del particular cuyo sacrificio se produce en favor del interés colectivo.

En este sentido, BADELL⁴⁵² señala que el procedimiento expropiatorio es de *“eminente orden público”*, contempla una serie de requisitos de *“riguroso cumplimiento”* y comprende tres fases diferenciadas: *“legislativa, administrativa y judicial”*, cuya observancia resulta indispensable para llevar a efecto la expropiación. Así tenemos:

- La *“fase legislativa”*, que, a su vez, puede estar comprendida en dos etapas: *i)* Una primera etapa, que abarca la sanción de la ley de expropiación que prevé el correspondiente procedimiento que debe seguirse y desarrolla los supuestos para su procedencia; y *ii)* Una segunda etapa, desplegada por los respectivos órganos legislativos de los entes expropiantes (Asamblea Nacional, en el caso de la República; Consejos Legislativos, en los casos de los Estados; y Concejos Municipales, en el caso de los Municipios), en la cual se *“agota”* la declaratoria de utilidad pública o de interés social que motiva la expropiación.
- La *“fase administrativa”* se verifica, según el caso, en el seno de la Administración Pública Nacional, de los Estados o de los Municipios,

⁴⁵¹ Debemos recordar que en Venezuela, la Constitución de 1999 añadió a la clásica división del poder público, esto es, Legislativo, Judicial y Ejecutivo, al poder Ciudadano y el poder Electoral, tal y como se encuentra previsto en el artículo 136 del Texto Fundamental.

⁴⁵² BADELL MADRID, Rafael, “Limitaciones legales al derecho de propiedad”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Temas de Derecho Administrativo...ob.cit.*, p. 117.

por medio de la emisión del “*Decreto de Expropiación, Decreto de Ejecución o Decreto de Afectación*”, como indistintamente se le denomina. Dicha fase, también comprende el arreglo amigable.

- La “*fase judicial*”, la cual es llevada a cabo ante los órganos jurisdiccionales y cuya función es la de garantizar los derechos del particular frente a la Administración cuando no ha sido posible alcanzarse el arreglo amigable. En este sentido, se señala que la finalización del proceso expropiatorio depende de la intervención del Juez, sin lo cual la medida expropiatoria no podrá surtir plenos efectos⁴⁵³.

No obstante lo señalado por la doctrina, consideramos que la denominada “*fase legislativa*”, en la cual se produce la declaratoria de utilidad pública o de interés social por el órgano legislativo competente, más que una etapa del procedimiento propiamente tal, constituye un presupuesto para su procedencia, un requisito previo sin el cual no puede llevarse a cabo el ejercicio de la potestad expropiatoria. Tanto así, que la sola declaratoria no produce consecuencia alguna.

Efectivamente, tal y como ha expresado la jurisprudencia⁴⁵⁴, el procedimiento se inicia con el Decreto Expropiatorio, el cual se encuentra establecido en el artículo 5 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad

⁴⁵³ Vid. KIRIAKIDIS L., Jorge C., “Notas para una aproximación constitucional a la facultad expropiatoria”, en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. (Coordinador), *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo 2, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 1561.

⁴⁵⁴ La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 2 de octubre de 1986, dejó sentado que “...el Decreto de Expropiación es el paso inicial de un procedimiento cuya ulterior tramitación se regula, como se dijera antes, en la Ley de Expropiación, la cual adquiere un rango y categoría muy especiales...por ser llamada a desarrollar un precepto consagrado en la Carta Magna...”. La referencia jurisprudencial es tomada de BADELL MADRID, Rafael, “Limitaciones legales al derecho de propiedad”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Temas de Derecho Administrativo...ob.cit.*, pp. 118 y 119.

Pública o Social, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 5.

El Decreto de Expropiación consiste en la declaración de que la ejecución de una obra requiere la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o de varios bienes, o de parte de los mismos. Dicha declaración le corresponderá en el orden nacional, al Presidente de la República, en el orden estatal al Gobernador, y en los municipios al Alcalde.

El Decreto de Expropiación requerirá la previa declaratoria de utilidad pública de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 14 de esta Ley”.

Se trata de un acto administrativo de efectos particulares, de carácter concreto, que contiene la decisión de la autoridad administrativa (Nacional, Estatal o Municipal) de ejecutar o realizar la obra previamente declarada de utilidad pública o de interés social, indicando la necesidad de emplear determinados bienes para ello⁴⁵⁵. Dicho con otras palabras, el Decreto Expropiatorio es la *“actuación expresa y formal de la Administración Pública sobre su voluntad de satisfacer el interés público declarado legalmente a través de la privación forzosa de la propiedad privada, lo cual reviste una importancia enorme, si se repara en la certeza jurídica que crea y en las posibilidades de defensa de los afectados que gracias a él se despliegan”*⁴⁵⁶.

En efecto, en el Decreto Expropiatorio han de ser afectados sólo aquellos bienes que resulten *“indispensables”* para la realización de la obra, sin que puedan ser extendidos o ampliados los efectos del acto a bienes

⁴⁵⁵ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan R., “Introducción general al régimen de la expropiación”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., LINARES BENZO, Gustavo, AGUERREVERE VALERO, Dolores y BALASO TEJERA, Caterina, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social...obra citada*, p. 36.

⁴⁵⁶ Vid. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o Vías de Hecho?...obra citada*, p. 85.

distintos cuya necesidad no sea “*clara y evidente*”⁴⁵⁷. Por ello, se exige que el Decreto se encuentre ajustado a la causa de la expropiación (*causa expropriandi*), para lo cual la Administración expropiante deberá acreditar, razonable y objetivamente en el acto que dicte, la razones por la cuales la adquisición coactiva del bien es indispensable para la ejecución de la obra o actividad. Asimismo, deberá ponderarse en qué medida la decisión de la expropiación es una decisión eficiente, a través del análisis económico del Decreto de Expropiación. Por último, deberá también motivarse que la adquisición forzosa es la única medida admisible, es decir, que no existan otras alternativas menos gravosas para obtener el mismo fin⁴⁵⁸.

En este sentido se afirma que, así como el Legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad (que no arbitrariedad) para dictar la ley que declara cierto fin de utilidad pública o interés social, tal amplitud de apreciación, valoración de oportunidad, mérito y conveniencia, también le es dispensada a la Administración cuando decide acudir a la potestad expropiatoria para alcanzar dicha finalidad, y entonces proceder a declarar la adquisición de ciertos bienes de alguna determinada propiedad privada⁴⁵⁹.

Empero, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁴⁶⁰ expresa que la selección del bien a expropiar no es una decisión discrecional de la Administración, sino que se trata de una decisión reglada, apoyada en consideraciones técnicas evaluadas de manera objetiva. Así, la selección del bien debe ser el resultado de un análisis técnico y objetivo, que acredite que la realización de la actividad que ha emprendido la Administración requiere, de manera indispensable, la adquisición forzosa de esos bienes. Hay allí una sola

⁴⁵⁷ Cfr. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...citada*, p. 158

⁴⁵⁸ Vid. HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano...citada*, p. 115.

⁴⁵⁹ Véase a CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o Vías de Hecho?...obra citada*, pp. 88 y 89.

⁴⁶⁰ HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano...citada*, pp. 115 y 116.

solución justa: “o tal adquisición es indispensable o no lo es”.

Para dicho autor, resulta aplicable entonces la llamada discrecionalidad técnica, al entender que no es en realidad una discrecionalidad administrativa, sino que encuadra en los llamados conceptos jurídicos indeterminados, ya que la Ley de Expropiación condiciona el Decreto de Expropiación a los bienes cuya adquisición sea indispensable, pero no precisa cuándo esos bienes son indispensables, ni define qué debe entenderse por tal. Por consiguiente, la concreción objetiva de ello sólo se puede determinar en base a criterios técnicos, que precisen que esa adquisición es la única alternativa posible, es decir, que la actividad emprendida por la Administración no puede llevarse a cabo salvo que se adquiera coactivamente ese bien⁴⁶¹.

Más allá de las consideraciones explanadas, hay que destacar que el efecto fundamental de este Decreto, tal y como expresó la extinta Corte Federal y de Casación en sentencia del 14 de marzo de 1952, es que los propietarios están obligados a transmitir al Estado *ipso facto* los bienes que hayan sido afectados, no pudiendo aquéllos negarse a transmitir la propiedad, puesto que la misma es forzosa para el dueño y necesaria para la República⁴⁶².

No obstante, si bien se trata, como ya se dijo, de un acto administrativo, esto es, un título ejecutivo cuyo objeto debe ser cumplido por sus destinatarios, lo que implica, en este caso, la transferencia de la propiedad; el Decreto Expropiatorio no puede ser ejecutado forzosamente por la Administración; no goza de la ejecutoriedad del acto administrativo, sino que su ejecución sólo es posible por dos vías, a saber: i) Mediante el

⁴⁶¹ *Ídem*.

⁴⁶² Cfr. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, “Las afectaciones y los mecanismos jurídicos para su control”, en *Revista de la Fundación Procuraduría*, No. 17, Caracas, 1997, p. 47.

arreglo amigable, esto es, el acuerdo entre el ente expropiante y el sujeto expropiado luego de dictado el Decreto de Afectación, tal y como establece el artículo 22 de la Ley de Expropiación. Este acuerdo se da en sede administrativa y tiene naturaleza transaccional; “es un acto sometido a la voluntad de las partes, en el cual el sujeto pasivo acepta los términos del Decreto Expropiatorio”⁴⁶³; y ii) A través del juicio de expropiación (sede judicial), lo cual se produce en caso de no lograrse el acuerdo entre el ente expropiante y el sujeto expropiado; tiene naturaleza ejecutiva, toda vez que el Juez se ha de limitar a pronunciarse sobre la procedencia de la expropiación, sin adentrarse a resolver controversias sobre la propiedad⁴⁶⁴.

La jurisprudencia ha señalado que la existencia del procedimiento expropiatorio constituye la garantía principal de esta institución, ya que el ente público sólo podrá expropiar siguiendo los trámites formales establecidos, todo ello en respeto del principio de legalidad. En efecto, el cumplimiento de este procedimiento busca la protección, por una parte, de los intereses de los particulares afectados y, por otro lado, de los propios intereses del ente público expropiante, al tener la seguridad de que el bien expropiado estará libre de todo “vicio, riesgo o gravamen”. Por ello, y al igual que ocurre en España, la transferencia forzosa de la propiedad en omisión del procedimiento previo, constituye las denominadas vías de hecho expropiatorias⁴⁶⁵, es decir, actuaciones materiales de la Administración carentes de título jurídico que las justifiquen, lo que se traduce en una actuación material e írrita, trasgresora de la legalidad, por tanto considerada

⁴⁶³ Vid. BADELL MADRID, Rafael, “Limitaciones legales al derecho de propiedad”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Temas de Derecho Administrativo...ob.cit.*, pp.140 y ss.

⁴⁶⁴ Cfr. HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano...citada*, p. 121.

⁴⁶⁵ Sobre el tema de las vías de hecho, remitimos a nuestro trabajo en GHAZZAOUI, Ramsis, “El Control Contencioso Administrativo sobre las vías de hecho”, en CANÓNICO SARABIA, Alejandro (Coordinador), en *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros mecanismos de Control del Poder Público*, Memorias del V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013, Editorial Jurídica Venezolana-CAJO, Caracas, 2013, pp. 467-487.

ilegal⁴⁶⁶.

Al respecto, la Ley de Expropiación Forzosa, en el artículo 8, prevé que:

“Artículo 8.

Todo propietario a quien se le prive del goce de su propiedad, sin llenar las formalidades de esta Ley, podrá ejercer todas las acciones posesorias o petitorias que correspondan, a fin de que se le mantenga en el uso, goce y disfrute de su propiedad, debiendo ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el acto ilegal.”

De lo anterior se colige, que si la “expropiación de hecho” aún no se ha efectuado mediante la afectación efectiva del bien, el particular podrá ejercer las acciones reivindicatorias que contempla el ordenamiento jurídico. Si, de manera contraria, se halla totalmente terminada la obra o actividad por la cual la Administración “expropió de hecho”, no procederá acción reivindicatoria alguna, sino la respectiva indemnización por los daños y perjuicios⁴⁶⁷.

B. La garantía patrimonial: el justiprecio y el pago oportuno de justa indemnización.

a) Situación en España.

⁴⁶⁶ Al respecto, véase a BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...citada*, pp. 61 - 63.

⁴⁶⁷ *Ídem*, p. 64.

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, el artículo 33.3 de la Constitución prohíbe cualquier privación de bienes y derechos sin que medie la correspondiente indemnización, cuyo cálculo (también se ha dicho) debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, lo que precisa que, entre éste y la cuantía de la indemnización, exista un proporcional equilibrio⁴⁶⁸.

En este sentido, luego del inicio del procedimiento expropiatorio, habrá de procederse a la determinación del justiprecio, esto es, la concreción del valor de los bienes o derechos expropiados.

Para ello, la Ley de Expropiación Forzosa, en sus artículos 38 a 42, previó una serie de reglas materiales, diferenciadas según la naturaleza de los bienes o derecho objeto de expropiación. Tales criterios, sucintamente, eran los siguientes:

- 1) En el caso de solares, edificios y, en general, derechos reales sobre bienes inmuebles, se empleaban criterios de valoración fiscal.
- 2) Para las fincas rústicas, se aplicaba el criterio de la media aritmética entre la capitalización de la renta rústica y el valor de fincas análogas en el mismo término municipal o comarcal.
- 3) En el caso de los *“valores mercantiles”*, se tasan sin consideración a dato fiscal alguno, utilizando la *“media aritmética”* del valor arrojado por tres criterios: a) *“cotización media en el año anterior a la fecha de apertura del expediente”*; b) *“capitalización al tipo de interés legal del beneficio promedio de la empresa en los 3 ejercicios sociales anteriores”*; y c) *“el valor teórico de los títulos objeto de expropiación”*.

⁴⁶⁸ Vid. PARDO FALCÓN, Javier, “El Tribunal Constitucional y la Propiedad” ...obra citada, pp. 79 y 80.

- 4) Para las “*concesiones administrativas*”, se remite a los criterios de valoración de su legislación específica; en su defecto, a las que en función de las características de esas concesiones especialmente se dispongan⁴⁶⁹.

A pesar de estas normas valorativas, la propia Ley de Expropiación Forzosa en el artículo 43, formula una regla general de valoración sobre la base de plena libertad de los criterios empleados, aplicada cuando se estime que la valoración alcanzada por la vía de las reglas específicas mencionadas no resulten conformes (por exceso o por defecto) con el valor de los bienes o derechos expropiados. Así pues, la Ley previó un doble sistema de valoración: el basado en criterios legales tasados y específicos (en reglas fiscales, básicamente); otro, articulado en una libertad estimativa plena⁴⁷⁰.

La “*regla de la libertad estimativa*”, tal y como expresa PAREJO ALFONSO, fue la norma empleada comúnmente, hasta la Ley 8/2007, de Suelo, que la suprimió en lo que respecta a la valoración de inmuebles. En efecto, la disposición adicional quinta de esa Ley modificó el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa, sobre el régimen estimativo, al establecer que: *i)* No es aplicable a las expropiaciones de bienes inmuebles, en ningún caso, observándose en consecuencia, para la determinación del respectivo justiprecio - de forma exclusiva - el sistema de valoración previsto en dicha Ley del Suelo; y *ii)* Únicamente podrá ser aplicado a las expropiaciones de bienes muebles en caso de que no tengan un criterio particular de valoración previsto por Leyes especiales⁴⁷¹.

En la actualidad, tales criterios de valoración se hallan previstos en los artículos 34 a 41 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en el

⁴⁶⁹ Sobre los criterios de valoración expuestos, confróntese a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...obra citada*, pp. 831 y 832.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 832.

⁴⁷¹ Véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 764.

que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRS 2015), así como en el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, en el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo⁴⁷².

En razón de estas disposiciones normativas, las reglas de valoración, en el caso de inmuebles, son las siguientes⁴⁷³:

- 1) El valor del suelo corresponde a su pleno dominio, libre de toda carga, gravamen o derecho limitativo de la propiedad (art. 35.1 TRLRS 2015).
- 2) El suelo se tasará en la forma establecida en los artículos 36 a 41 TRLRS 2015, según su situación y con independencia de la causa de la valoración y el instrumento legal que la motive (art. 35.2 TRLRS 2015).
- 3) En el caso del suelo rural, los terrenos se tasarán mediante la capitalización anual o potencial (la que sea superior), de la explotación según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración (art. 36.1 a) TRLRS 2015⁴⁷⁴).
- 4) Para el suelo urbanizado, la valoración será de manera conjunta (suelo y vuelo), siempre que se ajuste a la legalidad al tiempo de la valoración (art. 37 TRLRS 2015).

⁴⁷² Cfr. FUERTES LÓPEZ, F. Javier, “El justiprecio expropiatorio y la retasación”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa...obra citada*, p. 173.

⁴⁷³ *Ídem*, pp. 175 y 176.

⁴⁷⁴ Este precepto, que se corresponde con la redacción del artículo 23.1 de la Ley del Suelo de 2008, establecía que el valor del suelo rural se obtenía mediante el cálculo de la renta o potencial atribuible a ese suelo, corregido al alza hasta un máximo del doble en función de factores objetivos de localización. No obstante, el Tribunal Constitucional en la sentencia 141/2014, de 11 de septiembre, declaró la inconstitucionalidad, por tanto la nulidad, de ese inciso “*hasta un máximo del doble*”, por lo que la corrección puede efectuarse en atención a la concurrencia de los factores previstos que permitan la elevación del valor resultante sin límite alguno. Vid. FUERTES LÓPEZ, F. Javier, “El justiprecio expropiatorio y la retasación”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa...obra citada*, p. 176.

- 5) En cuanto a las edificaciones, la valoración será conforme a la legalidad (en función del suelo sobre el que estén asentadas), teniendo en cuenta su antigüedad y su estado de conservación y, si quedan en situación de fuera de ordenación, su valor será reducido en proporción al tiempo transcurrido de vida útil (art. 22.3 TRLS 2015).
- 6) Para las concesiones administrativas y derechos reales sobre inmuebles, a los efectos de su constitución, modificación o extinción, la valoración atenderá a las disposiciones sobre expropiación que específicamente determinen el justiprecio de los mismos, subsidiariamente, según las normas del Derecho Administrativo, Civil o Fiscal que resulten de aplicación (art. 35.4 TRLS 2015).

No obstante estos criterios objetivos establecidos en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2015, que son los que han de regir, la Ley de Expropiación Forzosa, *“consciente de la imposibilidad de evitar el juego de criterios subjetivos en el cómputo total, los ha tasado en una cantidad fija - el premio de afección - consistente en el 5% del importe total del justiprecio, que se suma y se abona con éste (art. 47 LEF)”*⁴⁷⁵.

En todo caso, el valor del bien debe ser, en el más estricto sentido, un valor de sustitución, en atención al principio de indemnidad que consagra y garantiza la Constitución, por lo que debe incluir el importe de todos los restantes daños, perjuicios y costes derivados de la operación expropiatoria⁴⁷⁶.

Asimismo, el artículo 34.2 b) del TRLS 2015, dispone que la valoración puede operarse al momento en que se da inicio al expediente del justiprecio individualizado, o al de exposición al público del proyecto de expropiación que ha de publicarse si se sigue el procedimiento de tasación conjunta.

⁴⁷⁵ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...citada*, p. 764.

⁴⁷⁶ *Ídem*.

También, es importante decir, que la Ley de Expropiación incluye una regla de neutralidad de la operación expropiatoria, al disponer en el artículo 36.1 que el valor de tasación del bien no comprende las *“plusvalías que sean consecuencia directa del plan o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro, ni tampoco las mejoras realizadas por el propietario en el bien con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación, salvo que se demuestre que sean necesarias para la conservación del bien”*.

i. Fases del justiprecio.

Una vez expuesto lo anterior, debemos señalar que la etapa correspondiente al justiprecio se desarrolla en dos fases; la primera, considerada como fase negocial; y una segunda fase de fijación del justiprecio por el Jurado Provincial de Expropiación⁴⁷⁷.

1) Fase negocial.

Así, la fase negocial tiene como finalidad lograr un acuerdo entre la Administración expropiante y el sujeto expropiado sobre el importe del justiprecio, cuyo juego tiene lugar, a su vez, en dos sub-fases: *i)* la de mutuo acuerdo; y *ii)* la de valoración contradictoria⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...citada*, p. 770.

⁴⁷⁸ *Ídem*.

I. El mutuo acuerdo.

Dentro de los 15 días siguientes al inicio del procedimiento expropiatorio, las partes, de manera libre y por acuerdo recíproco, pueden convenir en la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de la expropiación. Así lo prevé el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa, bajo el tenor siguiente:

“Artículo 24.

La Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado. En caso de que en el plazo de quince días no se llegara a tal acuerdo, se seguirá el procedimiento que se establece en los artículos siguientes, sin perjuicio de que en cualquier estado posterior de su tramitación puedan ambas partes llegar a dicho mutuo acuerdo.”

La doctrina considera que este acuerdo mutuo o convenio expropiatorio es un sistema “*ventajoso para todos*”, pues, por un lado el expropiado puede lograr la indemnización sin tener que soportar todo el procedimiento de expropiación (“*forzosidad expropiatoria*”), mientras que para el beneficiario o expropiante la ventaja se encuentra en la rapidez y en la liquidación inmediata⁴⁷⁹, sin que proceda, en consecuencia, el pago del premio de afección previsto en el artículo 26 del Reglamento de la Ley de

⁴⁷⁹ Véase al respecto a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Vol. II...citada*, p. 295.

Expropiación Forzosa⁴⁸⁰.

Tal y como pauta la norma, aún y cuando no se llegara al acuerdo, ello no obsta para que luego las partes puedan acordar el justiprecio⁴⁸¹. Este convenio debe distinguirse, sin embargo, de los acuerdos a que pudieran llegar las partes antes de iniciarse el procedimiento expropiatorio, dado que estos últimos tendrán naturaleza de contrato civil o administrativo, cuyo contenido lo establecerán las partes⁴⁸², mientras que aquél constituye una “*adhesión a la expropiación*”, teniendo lugar la ocupación una vez que el precio haya sido abonado o depositado⁴⁸³.

El acuerdo mutuo previsto en la Ley tiene la naturaleza de un acto administrativo regido por su normativa específica, toda vez que se produce en el marco del procedimiento expropiatorio y pone fin al mismo, por ende, se encuentra sometido a las reglas y garantías propias de la expropiación forzosa, sin que la Administración pueda desligarse del convenio ni revocarlo (a menos que resulte lesivo para el interés público), siendo competente la jurisdicción contencioso administrativa para conocer sobre cualquier eventual litigio a consecuencia de él⁴⁸⁴.

Así ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de diciembre de 2012, al expresar que:

“El convenio de mutuo acuerdo se ha producido, por

⁴⁸⁰ Vid. FUERTES LÓPEZ, F. Javier, “El justiprecio expropiatorio y la retasación”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa...obra citada*, p. 152.

⁴⁸¹ Conforme al artículo 27.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, las partes podrán acordar de mutuo acuerdo la fijación del precio en cualquier momento hasta que el Jurado de Expropiación determine el justiprecio.

⁴⁸² Cfr. MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I...citado*, p. 757.

⁴⁸³ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...citada*, p. 770.

⁴⁸⁴ Vid. FUERTES LÓPEZ, F. Javier, “El justiprecio expropiatorio y la retasación”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa...obra citada*, p. 152.

tanto, en el ámbito de un procedimiento expropiatorio, esto es, en contemplación a una operación expropiatoria, de forma que la operación realizada queda sometida a las reglas y garantías propias de la expropiación forzosa.

Como ha señalado esta Sala, en sentencia de 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8457), <<el instituto de la expropiación es radicalmente diferente en su naturaleza al contrato de compraventa, sin que la expropiación pierda tal condición por el hecho de que el justiprecio se fije por mutuo acuerdo. En la expropiación concurren razones de utilidad pública que condicionan o pueden condicionar el actuar de la Administración expropiante que puede encontrarse urgido por la necesidad de satisfacer necesidad y, por otra parte, se da en el expropiado una situación condicionada por la fuerza del expediente expropiatorio que en todo caso determinará que se vea privado de su propiedad>>.

La naturaleza del convenio expropiatorio es entonces la de un acto administrativo regido por su normativa específica, como esta Sala viene considerando, así en sentencia de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 6868) (recurso 5722/04), que pone fin al expediente, de conformidad con el artículo 24 de la LEF, sin que la Administración pueda desligarse del convenio ni revocarlo más que declarándolo lesivo para el interés público e impugnándolo ante esta Jurisdicción”⁴⁸⁵.

II. La valoración contradictoria.

Transcurridos los 15 días sin haberse logrado el mutuo acuerdo entre las partes, la Administración expropiante efectuará las actuaciones siguientes:

- Abrirá un expediente individual a cada uno de los propietarios

⁴⁸⁵ La referencia es tomada de FUERTES LÓPEZ, F. Javier, *Ibidem*, pp. 152 y 153.

expropiables, a menos que el objeto expropiatorio pertenezca en comunidad a varias personas, o que varios bienes constituyan una unidad económica (art. 26.2 LEF).

- Seguidamente, se procederá a notificar a los propietarios afectados para que en un lapso de 20 días siguientes a esa notificación presenten la correspondiente “hoja de aprecio”, esto es, el documento que contiene la valoración que el expropiado da al bien. Dicha hoja de aprecio habrá de ser “forzosamente motivada”, es decir, debe expresar y razonar los criterios en que se fundamente esa valoración, por lo que debe atender a criterios objetivos que pueden estar avalados por un perito (art. 29 LEF) ⁴⁸⁶.
- En el plazo de 20 días siguientes la Administración expropiante deberá aceptar o rechazar la valoración de los propietarios. En caso de aceptarla, se entenderá determinado definitivamente el justiprecio, procediendo al pago del mismo como requisito previo a la ocupación o disposición (art. 30.1 LEF). En caso de rechazar la valoración, la Administración elaborará su propia hoja de aprecio, la cual deberá reunir los mismos requisitos que la elaborada por el propietario, la cual será notificada al expropiado, que dispondrá de un lapso de 10 días para aceptarla o rechazarla, en cuyo caso tendrá derecho a efectuar las alegaciones que estime pertinentes y consignar las pruebas que a bien tenga (art. 30.2 LEF).
- En caso de que el propietario rechazare el precio ofrecido por la Administración, se pasa a la siguiente fase del procedimiento, en la cual el justiprecio será fijado por el Jurado Provincial de Expropiación

⁴⁸⁶ Es preciso señalar, que el artículo 31 del REF, exige que los peritos deben tener título profesional expedido por el Estado, de acuerdo a la especialidad de la materia, y haber ejercido su profesión al menos por un año con anterioridad a la fecha en que sean requeridos por el particular, ya que, en caso de no reunir tales condiciones, la Administración admitirá la hoja de aprecio como si estuviera firmada exclusivamente por el propietario.

u órgano autonómico equivalente (art. 31 LEF).

Aquí, resulta necesario decir, que las hojas de aprecio formuladas por las partes tienen carácter vinculante entre éstas, así como para el Jurado Provincial de Expropiación y los Tribunales contenciosos, sobre el *quantum* indemnizatorio, no pudiendo aquéllas formular en trámites posteriores (ni administrativos ni judiciales) pretensiones distintas a las plasmadas en las respectivas hojas de aprecio⁴⁸⁷. En efecto, el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de diciembre de 2013 sobre el particular declaro que:

*“...la vinculación de la parte a su hoja de aprecio determina que ni el Jurado ni el Tribunal contencioso-Administrativo pueden conceder una indemnización superior al importe total solicitado, ni indemnizaciones distintas a las allí reclamadas...”*⁴⁸⁸

2) Fase de fijación del justiprecio por el Jurado Provincial de Expropiación.

El Jurado Provincial de Expropiación es un órgano arbitral, de composición mixta (órgano colegiado), integrado por un presidente y cuatro vocales. Así se encuentra previsto en el artículo 32 de la Ley de Expropiación Forzosa, que se transcribe seguidamente:

“Artículo 32.

1. El Jurado Provincial de Expropiación, que se constituirá

⁴⁸⁷ Vid. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I...obra citada*, p. 604.

⁴⁸⁸ La referencia jurisprudencial es tomada de FUERTES LÓPEZ, F. Javier, “El justiprecio expropiatorio y la retasación”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa...obra citada*, p. 166.

en cada capital de provincia, estará formado por un Presidente, que los será el Magistrado que designe el Presidente de la Audiencia correspondiente, y los siguientes cuatro vocales:

- a) Un Abogado del Estado de la respectiva Delegación de Hacienda.*
 - b) Un funcionario técnico designado por la Jefatura Provincial o Distrito correspondiente, y que variará según la naturaleza del bien objeto de la expropiación. Este funcionario será Ingeniero Agrónomo, si se trata de fincas rústicas; un Ingeniero de Caminos cuando se trate de aprovechamientos hidráulicos u otros bienes propios de su especialidad; un Ingeniero de Montes cuando el principal aprovechamiento de la finca expropiada sea el forestal; un Ingeniero de Minas en los casos de expropiación de concesiones mineras, un Arquitecto al servicio de la Hacienda cuando la expropiación afecte a fincas urbanas, y un Profesor Mercantil al servicio de la Hacienda cuando la expropiación recaiga sobre valores inmobiliarios. Análogo criterio de especialidad se seguirá cuando se trate de bienes distintos a los enumerados.*
 - c) Un representante de la Cámara Oficial Sindical Agraria cuando la expropiación se refiera a la propiedad rústica, y un representante de la CNS respectiva de los demás casos.*
 - d) Un Notario de libre designación por el Decano del Colegio Notarial correspondiente.*
- 2. Se constituirán Jurados de Expropiación en las ciudades de Ceuta y Melilla, de composición análoga a la expresada en los párrafos anteriores, y presididos por el Juez de Primera Instancia de cada una de dichas plazas.”*

Hay que señalar, que el literal “c)” de este artículo quedó modificado por el Real Decreto 3112/1978, de 7 de diciembre, por lo que dichas

funciones son ejercidas por los representantes siguientes:

- a) Por un representante de la Cámara Agraria Provincial, cuando la expropiación se refiera a propiedad rústica.
- b) En los demás casos, por un representante de la Cámara de la Propiedad Urbana, Cámara de Comercio, Industria y Navegación, Colegio Profesional u organización empresarial, según la índole de los bienes o derechos objeto de la expropiación⁴⁸⁹.

Entonces, el Jurado Provincial de Expropiación queda conformado de la manera que sigue⁴⁹⁰:

- Una Presidencia neutral, a cargo de un Magistrado designado por el Presidente de la Audiencia correspondiente. Al respecto, PERA VERDAGUER considera que no existe obstáculo para que el Jurado pueda estar presidido por el propio Presidente del Tribunal⁴⁹¹.
- Dos Vocales nombrados por la Administración Pública expropiante: i) Un Abogado del Estado de la Provincia; ii) Un *“funcionario técnico de nivel superior”* (Ingeniero o Arquitecto) nombrado por el servicio provincial correspondiente.
- Dos Vocales que representen los *“intereses privados”* objeto de la expropiación: i) Un Notario designado por el Decano del Colegio Notarial correspondiente; ii) Un representante de la *“Cámara Provincial Agraria, Cámara de la Propiedad Urbana, Cámara de Comercio, Industria y Navegación, Colegio Profesional u Organización*

⁴⁸⁹ Vid. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios...obra citada*, p. 203.

⁴⁹⁰ Véase al respecto a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...citada*, p. 771; asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Vol. II...citada*, p. 297.

⁴⁹¹ PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...citada*, p. 169.

Empresarial”, según sean los bienes objeto de expropiación.

En el plazo de 8 días hábiles, contados a partir del día siguiente al que el expediente de justo precio haya sido registrado de entrada en el Jurado Provincial de Expropiación (art. 39 REF), se debe fijar el justiprecio mediante acuerdo motivado, en el que han de razonarse los criterios utilizados para la valoración (art. 35.1 LEF). Al respecto, PARADA señala que basta con que la motivación sea mínima, escueta, concisa o sucinta, citando como sustento de ello las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1984, 12 de mayo de 1986, 10 de marzo de 1983 y 20 de mayo de 1978⁴⁹².

El acuerdo del Jurado debe notificarse a las partes, poniendo fin a la vía administrativa y sólo procederá contra ella el recurso contencioso-administrativo (art. 35.2 LEF). Tal decisión *“posee una fuerza muy cualificada en la práctica”*⁴⁹³, dada la *“imparcialidad y preparación técnica y jurídica de los miembros que componen al Jurado; goza de presunción de legalidad y acierto”*⁴⁹⁴; no obstante, dicha presunción es *iuris tantum*, pudiendo ser desvirtuada por prueba suficiente en contrario en el proceso judicial, como ya se indicó.

Es preciso decir, que la fecha del acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación constituye el término inicial para la caducidad de la valoración, que se verifica transcurridos dos años sin que se produzca el pago de la cantidad determinada como justiprecio, debiendo en consecuencia realizarse una nueva estimación (art. 58 LEF).

Esta nueva “valoración” o “retasación”, tal y como expresa PERA VERDAGUER, impone investigar si durante el transcurso de ese tiempo se han producido modificaciones cuantitativas o cualitativas de las

⁴⁹² PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I...obra citada*, p. 605.

⁴⁹³ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...citada*, p. 771

⁴⁹⁴ Cfr. MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, p. 758.

circunstancias que en su día determinaron la fijación del justiprecio. Por ello, se deben apreciar las condiciones objetivas del bien expropiado en ese lapso de tiempo, que no consiste solamente en una mera actualización monetaria de la cantidad fijada originalmente como justiprecio, sino una nueva evaluación del bien dirigida a determinar su valor real en el momento en que se formuló la solicitud de retasación⁴⁹⁵.

b) Situación en Venezuela.

Hemos señalado que la indemnización es un *“requisito esencial de la expropiación”*. Es un *“presupuesto de legitimidad”* del ejercicio de la potestad expropiatoria. Esta *“se materializa cuando se reintegra al expropiado el valor económico equivalente del que se le priva, por lo que debe comprender no sólo el valor real del inmueble, sino además los perjuicios que tengan su causa directa e inmediata en el proceso de expropiación”*⁴⁹⁶. Por ello, debe existir una *“rigurosa equivalencia de valores”* entre el objeto expropiado y el monto acordado como precio. Será justo, tanto el precio, como la indemnización, *“cuando el propietario quede en una situación igual a la que tenía antes de la expropiación”*⁴⁹⁷.

En Venezuela, el justiprecio es una *“experticia judicial estimatoria”*

⁴⁹⁵ PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...citada*, pp. 469 y 470.

⁴⁹⁶ Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fechas 20 de febrero y 17 de julio de 2003.

⁴⁹⁷ Al respecto, véase nuestro trabajo “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”, en GHAZZAOUI, Ramsis (Coordinador), *Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: vigencia, reforma e innovación*, XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, FUNEDA, Caracas, 2014; el mismo autor en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y BÉJAR RIVERA, Luis José (Coordinadores), *El Derecho Administrativo en Iberoamérica, Libro Homenaje al Profesor Mariano Brito*, Universidad Panamericana, México, 2014; y en *Democracia, Derecho e Instituciones*, Cuadernos UCAB, Num. 12, Dirección General de Postgrado, UCAB, Caracas, 2014.

cuya finalidad es la obtención de un dato acerca de un hecho desconocido. El dictamen pericial del justiprecio (avalúo), así, obliga tanto al juez como a las partes. El justiprecio tiene entonces la naturaleza de una “*experticia complementaria del fallo*”⁴⁹⁸.

Se deben tomar en cuenta todos los elementos (generales, obligatorios y especiales) a los efectos de la determinación de la indemnización. En los elementos generales se incluirán: “*clase, calidad, situación, dimensiones, capacidad de producción, etc.*”; en los elementos obligatorios: “*valor fiscal, valor comercial, valor medio y valor de reposición*”; en los elementos particulares o especiales: “*expropiaciones parciales, privación de utilidad, servidumbres, etc.*”⁴⁹⁹.

El justiprecio se constituye en un “*valor objetivo y actual*”; es decir, el valor que realmente tiene la cosa para la generalidad en el mercado de los bienes de esa especie, correspondiente al lugar del bien expropiado y al tiempo de desposesión. Es el “*valor en plaza y al contado*” lo que otorga el “*carácter actual y objetivo*” al justiprecio, porque se tiene en cuenta el libre juego de la oferta y la demanda, ajustándolo a los efectos de su razonabilidad, no sólo a las cualidades intrínsecas de la cosa expropiada, sino también a las circunstancias de tiempo y lugar⁵⁰⁰.

De igual manera, deben considerarse todos los daños y perjuicios patrimoniales del expropiado que sean “*objetivamente imputables*” a la operación expropiatoria, en atención al criterio de la “*integralidad y plenitud*” de la indemnización. También, el resarcimiento debe incluir la “*depreciación*”

⁴⁹⁸ Vid. LAGRANGE, Enrique “Contribución al estudio de los modos de fijación de la indemnización en materia expropiatoria”, en *Revista de la Fundación Procuraduría* N° 2, Caracas, 1986, pp. 41 y ss.

⁴⁹⁹ Al respecto, véanse los artículos 36 al 41 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. También, confróntese la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 9 de diciembre de 1983.

⁵⁰⁰ Cfr. GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis, “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”...*obra citada*.

monetaria y los intereses de mora”, ya que si aquél se percibe sin tener esto en cuenta, *“la indemnización no puede ser justa”*⁵⁰¹. En efecto, el expropiado no está en la obligación de soportar los perjuicios derivados de la misma. La indemnización expropiatoria no puede abstraerse de la devaluación monetaria, y menos aún, cuando esta es un hecho notorio, no susceptible de probarse⁵⁰². La corrección monetaria se debe hacer hasta que se realice el pago efectivo (ejecución de la sentencia)⁵⁰³, vale decir, hasta el momento en el cual el expropiado recibe efectivamente la indemnización, pudiendo incluso exceder lo dispuesto en el avalúo definitivo, cuando el monto que éste revela no se encuentra indexado⁵⁰⁴. A estos efectos, debe garantizarse que la indemnización *“no contemple un aumento de valor por razón de la obra misma a cuya realización esté afectado el bien, sino exclusivamente en relación con factores de carácter inflacionario”*⁵⁰⁵.

Asimismo, el avalúo debe tener un lapso de vigencia una vez se haya realizado. Las distorsiones creadas por la depreciación monetaria pueden ser corregidas mediante la indexación judicial, no así las creadas por factores de mercado, que necesariamente requerirán una nueva estimación. También, la indemnización debe estar exenta del pago de tributos, pues ello afecta su integridad y su suficiencia para reemplazar al bien expropiado⁵⁰⁶.

⁵⁰¹ Véanse, entre otras, las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 18 de octubre de 2000 y del 28 de abril de 2003; y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 20 de febrero de 2003, del 17 de julio de 2003 y del 14 de julio de 2005.

⁵⁰² Vid. Sentencias de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 5 de diciembre de 1996 y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 31 de enero de 2002.

⁵⁰³ Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de mayo de 2003.

⁵⁰⁴ Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 20 de marzo de 2002 y de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 22 de febrero de 2006.

⁵⁰⁵ Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de julio de 2002.

⁵⁰⁶ Vid. GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis, “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”...*obra citada*.

1) El arreglo amigable.

Hechas las precisiones anteriores sobre las características del justiprecio como garantía patrimonial de la expropiación, debemos referirnos a las formas que la Ley de Expropiación venezolana prevé para que pueda materializarse la indemnización al particular expropiado. En este sentido, el artículo 22 de dicha norma contempla una solución en sede administrativa, cual es, el arreglo amigable, y otra solución en sede judicial con el juicio de expropiación propiamente tal.

Así, el artículo 22 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, establece lo siguiente:

“Artículo 22.

El ente expropiante, una vez publicado el decreto de expropiación, procederá a iniciar el trámite de adquisición del bien afectado por vía de arreglo amigable y, a tales efectos, lo hará valorar por peritos designados de conformidad con el artículo 19 de esta Ley, los cuales deberán cumplir con los requisitos del artículo 20 ejusdem.

A los fines de la notificación de los propietarios, poseedores y, en general, a todo el que tenga algún derecho sobre el bien afectado, ésta se hará mediante la publicación de un aviso en prensa, publicado una sola vez, en un diario de los de mayor circulación nacional y en alguno de la localidad donde se encuentre el bien, si lo hubiere, para que dentro de los treinta (30) días continuos siguientes contados a partir de su publicación, concurran ante la entidad expropiante.

El justiprecio del bien a expropiar será notificado por escrito a los propietarios o sus representantes legales,

quienes deberán manifestar en el acto de la notificación o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes por escrito, si aceptan o no la tasación practicada. En caso de no concurrir ningún interesado o de no aceptación, por alguna de las partes del justiprecio practicado, se dará por agotado el arreglo amigable y el ente expropiante podrá acudir a la vía judicial para solicitar la expropiación del bien afectado.”

El arreglo amigable “*participa de la naturaleza de la transacción*”⁵⁰⁷, toda vez que “*es un acuerdo de carácter negocial o convencional*”⁵⁰⁸, de obligatorio cumplimiento como fase del procedimiento expropiatorio que es. Constituye una etapa administrativa previa a la fase judicial, que tiene como consecuencia lógica e inmediata, en caso de realizarse satisfactoriamente, evitar este último. Está integrada por una serie de actos (notificaciones, publicaciones y de oportunidades), no solo para la aceptación o rechazo del avalúo preliminar, sino para convenir en cualquier aspecto que se trate, lo cual configura a esta etapa como un verdadero procedimiento administrativo, que se configura como un requisito de admisibilidad de la demanda expropiatoria⁵⁰⁹.

Debemos mencionar que conforme al precepto transcrito, bien sea en la fase del arreglo amigable, como en el juicio expropiatorio propiamente dicho, la determinación del justiprecio estará a cargo de una Comisión de Avalúos, y no a la voluntad de las partes, la cual estará constituida conforme se encuentra pautado en el artículo 19 eiusdem, es decir, por tres peritos designados así: uno por el ente expropiante, uno por el propietario y el otro

⁵⁰⁷ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 22 de mayo de 1997.

⁵⁰⁸ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 20 de diciembre de 2001.

⁵⁰⁹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 15 de agosto de 1988.

de común acuerdo o, en su defecto, por el Juez⁵¹⁰.

Los peritos evaluadores tienen la condición de funcionarios accidentales, debiendo reunir los requisitos previstos en el artículo 20 de la Ley de Expropiación, el cual textualmente se transcribe a continuación:

“Artículo 20.

Para ser perito evaluador en materia de expropiación se requerirá:

- 1. Haber egresado de un instituto de enseñanza superior que acredite conocimientos básicos en materia valuatoria, y haber ejercido la profesión durante dos (2) años, por lo menos.*
- 2. Las personas que, con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, hayan realizado en forma habitual y por más de tres (3) años tasaciones en materia expropiatoria, podrán igualmente tenérselas como peritos, a los fines de esta Ley.”*

Hay que destacar que al estar inmerso en el procedimiento expropiatorio, dicho arreglo está regido, principalmente, por normas de derecho público⁵¹¹. De ahí que, a pesar de su carácter convencional, el arreglo amigable no puede ser considerado como una transacción en estricto rigor, ya que ella es incompatible con las normas que rigen el procedimiento expropiatorio. Por ello, toda cláusula establecida en un arreglo amigable que impida o menoscabe expresa o implícitamente algún derecho del propietario, carece de validez, siendo impugnabile tal acuerdo en vía jurisdiccional⁵¹².

Tal y como señala la norma, el arreglo amigable se gestiona con los propietarios, poseedores y, en general, con todo aquel que tenga algún

⁵¹⁰ Vid. RAMOS, Pedro Vicente, *Visión tridimensional de la propiedad privada*, UCAB, Caracas, 2008, p. 39.

⁵¹¹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 8 de marzo de 2005.

⁵¹² Vid. GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis, “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”...obra citada.

derecho sobre el bien afectado, siendo entonces aplicables para la determinación del avalúo, los mismos elementos que han de ser considerados al respecto en vía jurisdiccional⁵¹³.

Derivado de su naturaleza, el arreglo amigable tiene el carácter de *“acto de autocomposición extrajudicial”*⁵¹⁴, siendo las cláusulas estipuladas en el mismo de *“obligatorio cumplimiento por las partes, y exigible su ejecución en vía judicial, por ante el Juez correspondiente de la expropiación”*⁵¹⁵.

En este sentido, se ha expresado que el mismo *“debe ser homologado, para que como título ejecutivo cause ejecutoria, y poder en consecuencia ser ejecutado como un acto equivalente a una sentencia definitiva, conforme lo exige el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil.”*⁵¹⁶

2) El juicio expropiatorio propiamente dicho.

Tal y como señalamos con anterioridad, en caso de no lograrse el arreglo amigable, deberá la entidad expropiante solicitar al Juez el inicio del juicio expropiatorio. Expresamos también, que la competencia para conocer de este proceso judicial, se encuentra asignada en atención a los supuestos siguientes:

⁵¹³ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 11 de abril de 2000.

⁵¹⁴ Vid. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del 22 de mayo de 1997, caso *Inmobiliaria Morfay*.

⁵¹⁵ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 5 de noviembre de 1988.

⁵¹⁶ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 28 de octubre de 1987.

- A los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que conocerán en primera instancia cuando la expropiación sea solicitada por la República, según lo pautado en el artículo 24, numeral 6, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de cuyas apelaciones conocerá y decidirá la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, en concatenación con el artículo 26, numeral 9, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y del artículo 23, numeral 9, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Al Juez de Primera Instancia en lo Civil de la jurisdicción donde esté ubicado el bien a expropiar, quién conocerá en primera instancia cuando la solicitud sea formulada por los Estados, Municipios, Institutos Autónomos o Concesionarios, y de cuya apelación corresponderá conocer a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, según lo establecido en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, en concatenación con el artículo 26, numeral 9, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y del artículo 23, numeral 9, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Este juicio expropiatorio, como igualmente mencionamos, se encuentra ordenado en tres etapas diferenciadas: la primera de ellas, que abarca desde el inicio de la solicitud del ente expropiante hasta la sentencia definitivamente firme que autorice la procedencia o no de la expropiación; una segunda fase, que se produce luego del fallo que declare con lugar la expropiación y en la cual se pasa a determinar el monto de la indemnización; por último, fijado el monto indemnizatorio, se entra en la etapa del pago del justiprecio propiamente tal, lo que comporta la transferencia de la

propiedad⁵¹⁷.

En razón de la estructura de nuestro trabajo, toca referirnos en este punto a la segunda de las fases mencionadas, al ser la que concierne a la determinación de la garantía patrimonial expropiatoria.

Así, declarada por la autoridad judicial en forma definitiva la expropiación (necesidad de adquirir el todo o parte de la propiedad o algún otro derecho), deberá el Juez señalar el día y la hora para que las partes concurren con la finalidad de lograr un avenimiento sobre el precio del bien objeto de la expropiación, tomando como base para ello, el valor establecido por la Comisión de Avalúos. En efecto, el artículo 34 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, establece lo siguiente:

“Artículo 34.

Declarada por la autoridad judicial la necesidad de adquirir el todo o parte de la propiedad o algún derecho, según lo alegado, probado en autos y firme la decisión, se señalará día y hora para que las partes concurren a fin de lograr un avenimiento sobre el precio del bien objeto de la expropiación, tomando como base el valor establecido por la Comisión de Avalúos designada, conforme a lo establecido en el artículo 19 de esta Ley. Los defensores de oficio de los no presentes y mandatarios que no tengan poder para ejecutar actos de disposición o para transigir, carecerán de facultad para este avenimiento. En el acta de avenimiento se especificarán las razones que justifiquen el avalúo convenido.”

Importante acotar aquí, que si bien la norma refiere al avenimiento

⁵¹⁷ Cfr. BADELL MADRID, Rafael, “Limitaciones legales al derecho de propiedad”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 7, Caracas, 2002, p. 142.

como la concertación del “*precio*” del bien o derecho, la doctrina le atribuye a tal expresión un “*error de técnica legislativa*”, que encuentra corrección al analizar el contexto en que fue elaborada la Ley por parte del Legislador, es decir, que efectivamente reciba el propietario, no un “*precio*” como si se tratase de una “*compra venta*”, sino de una “*justa indemnización*” por la privación de su propiedad, de forma que su patrimonio no sea afectado o disminuido por causa de la expropiación⁵¹⁸.

De igual manera, hay que señalar que la Ley, si bien refiere al valor establecido por la Comisión de Avalúos, no debe entenderse como tal al practicado en la oportunidad del arreglo amigable, ya que dicho valor fue rechazado por alguna de las partes, careciendo de sentido su reiteración en esta oportunidad. De ahí que se ha entendido que el valor que ha de ser tomado en cuenta, será aquel establecido por la Comisión de Avalúos en la oportunidad de la ocupación previa, si fuere el caso⁵¹⁹.

Este avenimiento, tal y como expresa la doctrina, supone un “*avalúo*” en el cual deberá hacerse constar las razones que lo justifican, quedando excluida la posibilidad de fijar un justiprecio de manera arbitraria, toda vez que, necesariamente, habrá de valorarse los elementos (generales, obligatorios y especiales) a que se contraen los artículos 36 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa⁵²⁰, y de los cuales ya hicimos mención.

En caso de no lograrse el avenimiento, el Juez fijará oportunidad para el tercer día de despacho siguiente, a fin del nombramiento de la Comisión de Avalúo, que será la encargada de determinar el justiprecio del bien, en la forma indicada anteriormente, observándose las reglas previstas en el

⁵¹⁸ Vid. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...ob.cit.*, p. 221.

⁵¹⁹ Véase a LUNAR ORTEGA, Manuel, *Observaciones a la Ley de Expropiación*, Mobilibros, Caracas, 2003, p. 55.

⁵²⁰ Cfr. LAGRANGE, Enrique “Contribución al estudio de los modos de fijación de la indemnización en materia expropiatoria”...*obra citada*, pp. 41 y ss.

Código de Procedimiento Civil (art. 35 LEXP).

Hay que destacar, que el peritaje realizado en esta fase judicial ha sido equiparado a la experticia complementaria de fallo. Ciertamente, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 15 de diciembre de 1983, expreso que tal actuación *“se trata de un peritaje que se lleva a cabo después de haber quedado firme la sentencia que declara con lugar la demanda de expropiación y como una consecuencia de ella, ya que tal declaratoria implica, en cierta forma, una condena para el expropiante a pagar una indemnización cuyo monto ella misma no puede determinar, dada la naturaleza especial del juicio de expropiación”*.

Concretamente, se trata de una experticia de avalúo y no de una de carácter probatorio. Así lo señaló la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 20 de noviembre de 1986, al expresar que:

“...La experticia como medio probatorio difiere de la experticia que complementa un fallo judicial y de la que, en un procedimiento de expropiación, es indispensable para establecer el avalúo de un bien expropiado. Como medio probatorio no es de obligatoria realización porque la experticia es por su naturaleza estrictamente procesal y por su promoción, facultativa para las partes y para el Juez; y pese al mérito intrínseco que pueda atesorar la prueba, ella no es indispensable para que se produzca sentencia definitiva o incidental. Distinto ocurre con la experticia complementaria del fallo, pues ella si tiene la característica de ser, en principio, obligatoria para los jueces, como complemento que viene a ser de la sentencia dictada especialmente cuando deba establecer el justiprecio, estimaciones de frutos, intereses de daños, restituciones de frutos o indemnizaciones cuyo monto no pudo determinarse en la sentencia de condena. Más marcada aún parece la diferencia entre experticia como medio probatorio en el procedimiento ordinario y

la experticia en los procedimientos de expropiación, porque en éstos es procesal y sustantivamente obligatoria a los efectos de fijar la justa indemnización que, por mandato constitucional y de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, puede corresponder al expropiado.

En este último tipo de procedimiento, y en los casos de experticias complementarias de decisiones judiciales, las experticias deben ser necesariamente practicadas, aún cuando la primera que fuese ordenada, no hubiese sido practicada en el plazo establecido para ello. De lo anterior se deduce que la elaboración de la experticia en estos últimos dos casos (complemento del fallo o expropiación), dentro de un lapso fatal establecido, no es una formalidad sustancial para la validez de la misma, por cuanto siempre será obligatoria que se le practique, aún después de vencido el término que se hubiese fijado o el que los expertos hubiesen solicitado para presentar el informe respectivo...”⁵²¹

En concatenación con esta última parte de la sentencia transcrita, debemos expresar que la Ley de Expropiación Forzosa no establece un lapso para que la Comisión de Avalúo consigne su informe pericial, remitiendo la norma a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, los artículos 460 y 461 de dicho Código, establecen que el Juez, en el acto de nombramiento y juramentación de los expertos les consultará a cada uno sobre el tiempo que requieran para desempeñar sus funciones, procediendo luego a fijar el lapso dentro del cual han de consignar el resultado de su trabajo, sin exceder de treinta días más el término de la distancia de ida y vuelta, de ser necesario, lapso que puede ser prorrogado por el Juez a solicitud de los peritos, por razones debidamente justificadas.

Sin embargo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 12 de abril de 1983, señaló que ese término fijado para la

⁵²¹ La referencia jurisprudencial es tomada de BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...ob.cit.*, pp. 262 y 263.

presentación del avalúo, *“por su naturaleza y por su carácter instrumental, no es un término de caducidad, dado que es un lapso para los expertos y no para las partes, para que éstos ejerzan algún recurso o defensa, y sólo pretende darle funcionalidad a la experticia avaluatoria, conforme al principio de celeridad procesal que caracteriza los juicios expropiatorios. En virtud de su naturaleza operativa e instrumental, el término referido es perfectamente prorrogable, y aún más, la experticia presentada fuera de él no resulta anulable o ineficaz por extemporánea”*.

En consecuencia, el lapso de presentación del avalúo expropiatoria por parte de los peritos no es de naturaleza preclusiva, siendo no sólo posible su prórroga, sino que tendrá plena validez si es presentada fuera del lapso para ello concedido por el Juez.

Otro aspecto importante que debemos mencionar es lo referente a la impugnación del avalúo, cuyo objeto es la anulación del avalúo practicado y su sustitución por otro. En este sentido, la impugnación deberá estar motivada en los vicios de forma o de fondo del avalúo, esto es, cuando la designación de los peritos se hubiere realizado con inobservancia de las exigencias previstas para ello por la Ley, o bien porque la apreciación de los peritos sea falsa o no haya tomado en cuenta los elementos (generales, obligatorios y especiales) en su cálculo, de manera que se encuentre desvirtuado el valor real del bien o derecho⁵²².

No regula la Ley de Expropiación Forzosa el lapso para proceder a la impugnación del justiprecio; sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido que el mismo ha de ser efectuado dentro de los cinco días siguientes a la consignación de este en el Tribunal⁵²³. Vencido dicho lapso sin que se

⁵²² Vid. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...ob.cit.*, p. 304.

⁵²³ Véase, entre otras, la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 13 de agosto de 1987; asimismo, la sentencia de la Sala Político Administrativa de la

formule objeción alguna, quedará firme el justiprecio y deberá proceder el ente expropiante a la consignación del monto que hubiere resultado por concepto de indemnización expropiatoria (art. 45 LEXP).

C. La garantía o derecho de retrocesión.

a) Situación en España.

1) Consideraciones generales.

La expropiación forzosa es un procedimiento que permite el sacrificio o despojo de los bienes de titularidad privada cuando concurren razones de utilidad pública o interés social. En este sentido, la Ley de Expropiación Forzosa impone que esos bienes o derechos objeto de expropiación, sean destinados a la causa que la justificó (art. 9 LEF), como también, que sean afectados únicamente los bienes que resulten necesariamente indispensables para alcanzar la finalidad que motiva la expropiación (art. 15 LEF).

Por ello, si el beneficiario adquirente no destina el bien a la finalidad con cuya invocación se justificó la expropiación, ésta se revela innecesaria, surgiendo el derecho al propietario afectado de recuperar el bien que le fue expropiado, ya que permanece en poder del beneficiario sin causa formal

extinta Corte Suprema de Justicia de 10 de marzo de 1999. La referencia es consultada en BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...ob.cit.*, pp. 318 y 319.

alguna⁵²⁴.

Este derecho de reversión o retrocesión, como ha sido denominado, se encuentra consagrado en los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa; se trata de la última garantía que el sistema legal erige en beneficio de los administrados, que se manifiesta con posterioridad a la íntegra consumación de la expropiación⁵²⁵; tiene su justificación en la vinculación de la operación expropiatoria y de su efecto de transferencia forzosa del bien o derecho correspondiente a la causa expropiandi y, por tanto a la efectividad del destino del bien o derecho por dicha causa, con prohibición a la Administración, consecuentemente y según el artículo 66 del reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, de realizar obras o establecimientos de servicios distintos a los previstos al verificar la expropiación⁵²⁶.

Es el derecho del expropiado o de sus causahabientes de recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, abonando a la Administración (al beneficiario) su justo precio, en el caso de que no ejecutase la obra o no estableciese el servicio que motivó la expropiación⁵²⁷.

Su naturaleza jurídica ha sido descrita como la de un “*fenómeno de invalidez sucesiva*”, ya que sobreviene a la expropiación porque desaparece el elemento esencial de la causa; esencialmente porque la “*causa expropiandi*” se considera como el destino al cual es afectado el bien expropiado tras la expropiación, resulta normal su consideración “*ex post*”. Produce efectos “*ex nunc*”, esto es, que no censura la validez de aquello que en un principio motivó la expropiación; no anula la expropiación, sino que simplemente hace que cesen sus efectos, debiendo efectuarse para ello una

⁵²⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II...obra citada, pp. 326 y 327.

⁵²⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...citada*, p. 140.

⁵²⁶ Véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...obra citada*, p. 840.

⁵²⁷ *Ibidem*.

“retransmisión de signo contrario a la inicial”, es decir, una “devolución recíproca de prestaciones”⁵²⁸.

Para MUÑOZ MACHADO (siguiendo la posición de GARCÍA DE ENTERRÍA), el derecho de reversión forma parte de la esencia de la expropiación y, por tanto, se integra en el núcleo indisponible por el legislador de la institución expropiatoria: su reconocimiento no depende del arbitrio del legislador, sino que forma parte de la garantía constitucional de la propiedad. Por ello, no puede el legislador disponer de la garantía reversional sin atentar al núcleo de la propiedad; una interpretación distinta conduce a permitir que puedan invocarse causas artificiosas, temporalmente coyunturales o simplemente inexistentes de utilidad pública, para sacrificar la propiedad privada, trasladando su titularidad a otros sujetos sin que su titular inicial pueda recuperarla cuando sea evidente que ninguna necesidad pública exige de modo terminante su privación⁵²⁹.

Compartiendo esta línea doctrinaria, GIMENO FELIU considera que, además, debe tenerse en cuenta que la potestad expropiatoria se configura en la Constitución como una excepción al principio de respeto al derecho propiedad, lo que le lleva a sostener que la reversión forma parte del contenido de ese derecho, incluso si no fuera expresamente reconocido en la Constitución. Por ello, para dicho autor, la reversión es consustancial al derecho de propiedad y al ejercicio de la potestad expropiatoria, que se configura como instrumento, más que de salvaguarda de los intereses particulares del expropiado, de protección del interés general (parámetro de referencia de cualquier actividad administrativa)⁵³⁰.

⁵²⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Vol. II...obra citada*, p. 327.

⁵²⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General...obra citada*, p. 429.

⁵³⁰ Vid. GIMENO FELIU, José María, *El Derecho de Reversión en la Ley de Expropiación Forzosa. Fundamentación y condiciones de ejercicio*, Civitas, Madrid. 1996, *passim*.

Por su parte, PARADA considera que la reversión no opera a consecuencia de una invalidez sobrevenida, sino como un derecho potestativo de compra a favor del expropiado al que sigue una obligación de vender el bien no utilizado; funciona como un derecho real de adquisición preferente, que puede incluso anteponerse a otros derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 69 REF)⁵³¹.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia No. 67/1988, de 18 de abril, F.J. No. 6, consideró que el derecho de reversión carece de rango constitucional, siendo su reconocimiento una competencia exclusiva del legislador. Asimismo, expresó que la retrocesión no constituye la única y uniforme regla para todos los supuestos expropiatorios, ya que la propia Ley de Expropiación permite la enajenación de bienes sin que proceda dicho derecho a reversión. En efecto, dicha decisión, en cuanto a la retrocesión se refiere, es del tenor siguiente:

“No cabe duda que el art. 33.3 de la Constitución no ha incluido dentro de las garantías constitucionales de la expropiación el derecho de reversión que es, en consecuencia, un derecho de configuración legal. Por su parte la regulación de la reversión contenida en la Ley de Expropiación Forzosa que no agota la regulación legal de la materia expropiatoria, tiene su punto de referencia en la expropiación de bienes afectables a la realización de obras y servicios públicos, y aunque pudiera ser aplicada analógicamente a otros supuestos, no puede constituir la regla general, única y uniforme para todas las expropiaciones, existiendo además en la propia Ley de Expropiación Forzosa supuestos en los que se permite la enajenación de bienes expropiados por razones de interés social sin derecho a reversión. No existe, pues, en nuestro ordenamiento ni una norma constitucional ni una regla legal que imponga para todos los tipos y

⁵³¹ PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I...*citada, p. 612.

Para el Tribunal Constitucional, además, tal y como señaló no sólo en la citada decisión, sino también en la 166/1986, de 19 de diciembre, existe una cierta desvinculación entre la causa de la expropiación y el destino al que quede afectado el bien cuando aquélla no predetermine absolutamente éste, supuesto en que el destino real es indiferente a dicha causa siempre que sea idóneo para satisfacerla.

Hay que destacar, también, que la jurisprudencia contencioso-administrativa califica a la reversión como un derecho nuevo o autónomo, que no nace con el acuerdo expropiatorio, ni con la consumación de la operación expropiatoria, rigiéndose entonces por la Ley vigente al momento de su ejercicio. Asimismo, no constituye una continuación del expediente expropiatorio original, razón por la cual debe realizarse un nuevo justiprecio para determinar el valor de los bienes, de acuerdo con la naturaleza, características y el estado que presenten al momento de su ejercicio (SsTS de 24 de abril de 1978; 9 de febrero de 1984; 10 de mayo de 1988; 11 de abril de 1989; y 31 de mayo de 1993)⁵³³.

Por todo ello, PAREJO ALFONSO considera que el cumplimiento del fin justificativo de la expropiación en el momento de la transmisión forzosa, supone el del fin del llamado negocio expropiatorio, concluyendo así la relación jurídico-administrativa derivada del ejercicio de la potestad expropiatoria. De ahí que, para el autor, resulte “*forzada*” la construcción dogmática de la reversión sobre la invalidez sobrevenida de la expropiación por desaparición sobrevenida de la causa del negocio forzoso o sobre su consideración como condición resolutoria de éste, ya que se encuentra

⁵³² La referencia de jurisprudencia es tomada de RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales...obra citada*, pp. 543 y 544.

⁵³³ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...citada*, p. 841.

basada en una injustificada extrapolación de institutos contractuales. En efecto, *“cuando el bien es <<extraído>> por acto de imperium del tráfico jurídico ordinario por causa de utilidad pública o interés social, y ulteriormente deja de ser necesario para el fin determinante de dicha causa, no es la nulidad sobrevenida de la operación expropiatoria (cuya validez solo puede determinarse por referencia a la normatividad y circunstancias en el momento que tuvo lugar), sino la pérdida de sentido de la permanencia sin más del bien en la disposición de la Administración o del tercero beneficiario de la expropiación, debiendo dicho bien, en caso de no concurrir otra justificación legal, ser reintegrado al tráfico jurídico ordinario”*⁵³⁴.

En conclusión, cuatro son los rasgos que, en general, presenta la retrocesión o reversión, a saber:

- a. Surge de manera automática y en razón de la “*desaparición sobrevenida*” del fin que motivó la expropiación (STS de 7 de marzo de 2006).
- b. No forma parte de la garantía constitucional de la propiedad consagrada en el artículo 33.3 de la Constitución, ya que es un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador ordinario la decisión de reconocerlo o no y, en su caso, regular su contenido (SsTC 67/1988, de 18 de abril, y 164/2001, de 11 de julio).
- c. Se rige por el Derecho vigente en el momento de su nacimiento, no por el vigente en la fecha en que la expropiación se llevó a cabo.
- d. Es un derecho real de adquisición preferente; precede a otros

⁵³⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...citada*, pp. 841 y 842.

derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad⁵³⁵.

2) Régimen legal del derecho de retrocesión o reversión.

2.1. La existencia de una previa expropiación.

Si bien es considerado un derecho nuevo o autónomo, la retrocesión exige la previa adquisición de un bien o derecho a través del ejercicio de la potestad expropiatoria, es decir, de una transferencia forzosa de un bien o derecho reconducible al artículo 33.3 de la Constitución. Entonces, no operará la reversión en aquellos supuestos en los que se produce la previa adquisición voluntaria de un bien, a no ser que se acredite que en realidad se está en presencia de una transferencia coactiva. Ello, es importante resaltar, no debe llevar a equívocos en los supuestos en los que, iniciado el expediente expropiatorio, las partes alcanzan un acuerdo y se produce la transferencia de la propiedad, ya que, independientemente de la escritura en que se documente dicho acuerdo, no se afecta la naturaleza auténtica de la figura que motivó esa traslación del dominio, que no es otra que la de la expropiación⁵³⁶.

2.2. Legitimación o partes en la relación jurídica.

⁵³⁵ Sobre los rasgos mencionados, confróntese a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...ob.cit.*, pp. 774 y 775.

⁵³⁶ Cfr. REBOLLO RICO, Alejandro, "La reversión", en RUBIO ESCOBAR, Pedro, *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa, ob. cit.*, p. 233.

Al ser la expropiación el presupuesto del derecho de retrocesión, lógicamente en la relación jurídica a que ésta da lugar ha de tener como partes necesarias a aquéllas que lo fueron en el procedimiento expropiatorio, es decir, la Administración, el beneficiario de la expropiación (de ser el caso) y el expropiado⁵³⁷.

En este sentido, para el ejercicio del derecho de retrocesión puede hablarse de una legitimación activa y una pasiva. Así, serán legitimados activos tanto el primitivo dueño como sus causahabientes (art. 54.1 LEF), comprendiéndose dentro de esta última expresión tanto a aquellos que han sucedido al titular por causa de fallecimiento de éste, como los que le han sucedido en mérito de una transmisión inter vivos de tal derecho de reversión⁵³⁸. Al respecto, PARADA afirma que la retrocesión es un derecho transmisible por negocios *inter vivos*, debiendo considerarse al adquirente como causahabiente del expropiado a los fines de su ejercicio⁵³⁹, lo que abarca los casos en que exista copropiedad o cotitularidad, incluso si trata de empresas⁵⁴⁰.

En cuanto al legitimado pasivo, será la Administración a la que esté atribuida la titularidad del bien o derecho al momento en que sea solicitada la reversión, o a la que se encuentre vinculado el beneficiario de la expropiación, de ser el caso (art. 54.4 LEF y art. 5.2.7° REF). Asimismo, conforme el mencionado artículo de la Ley, la solicitud de reversión debe ser dirigida siempre a una Administración Pública, por ello, en el caso del beneficiario de la expropiación la competencia corresponde a la Administración a la que éste se encuentre vinculado. Igualmente, los terceros adquirentes y los titulares de derechos incompatibles con la reversión deben ser considerados parte legitimada, pasivamente, en el procedimiento de

⁵³⁷ Véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...citada*, p. 844.

⁵³⁸ Vid. PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación Forzosa...citada*, p. 439.

⁵³⁹ PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I...citada*, p. 612.

⁵⁴⁰ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...citada*, p. 845.

reversión⁵⁴¹.

2.3. *Subsistencia del derecho y plazo para su ejercicio.*

Resulta fundamental para poder ejercitar el derecho de retrocesión que el derecho subsista para el momento en que sea ejercido por su titular, esto es, que no hayan transcurrido los plazos para ello ni se haya producido la renuncia de ese derecho.

En este sentido, los plazos habrán de computarse en atención a los supuestos siguientes:

- a. Si la Administración notifica al dueño primitivo o a sus causahabientes el exceso de expropiación, la desafectación del bien o derecho expropiado, o su propósito de no ejecutar la obra o implantar el servicio, el plazo será de 3 meses, contados desde la fecha de la notificación. Hay que señalar, que trata de un plazo de caducidad y que la notificación debe cumplir los requisitos que al efecto prevé la LRJPAC.
- b. Cuando la Administración no realiza la notificación del exceso de expropiación, la desafectación del bien o derecho expropiado, o su propósito de no ejecutar la obra o implantar el servicio, el derecho de retrocesión podrá ser ejercido en atención a lo siguiente:
 - En el caso de exceso de expropiación o de desafectación del bien o derecho expropiado, la reversión podrá ser

⁵⁴¹ Cfr. REBOLLO RICO, Alejandro, "La reversión", en RUBIO ESCOBAR, Pedro, *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*, ob. cit., p. 242.

ejercida dentro del plazo de 20 años, contados desde la toma de posesión de esos bienes o derechos.

Al respecto, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 2 de noviembre de 2010, ha señalado que no se trata de un plazo regulador del derecho de reversión, sino de un plazo para ejercer la acción correspondiente con motivo del incumplimiento del deber de la Administración de efectuar la notificación como consecuencia del cambio de destino, lo que hace suponer la existencia del derecho. De igual forma, en la sentencia de 23 de noviembre de 2008, el mismo Tribunal expresó que la fecha de inicio del cómputo de ese plazo no será la de la toma de posesión efectiva o material del bien expropiado, sino la de la posesión derivada del acta de ocupación⁵⁴².

- En cualquier momento una vez que transcurran 5 años, contados desde la toma de posesión de los bienes o derechos expropiados, sin que se hubiere ejecutado la obra o implantado el servicio.
 - En cualquier momento si la obra o las actuaciones para el establecimiento del servicio han estado suspendidas por el transcurso de 2 años, por causas imputables a la Administración o al beneficiario de la expropiación.
- c. Además de que no hayan transcurrido los plazos de caducidad ya expresados, resulta necesario también que no se haya producido la renuncia del derecho de retrocesión por parte de su titular, la cual pudiera producirse, incluso, de manera anticipada. En efecto, el

⁵⁴² *Ibidem*, p. 244.

Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de mayo de 2012, ha reconocido la posibilidad de renuncia de este derecho anticipadamente al expresar que la jurisprudencia *“ha admitido la renunciabilidad del derecho de reversión con anterioridad a que concurren los supuestos para su ejercicio, siempre que sea clara, cierta e inequívoca la renuncia. Todo ello sin olvidar que la renuncia de la facultad de pedir la reversión es un acto unilateral que no precisa el transcurso de otra voluntad que no sea la del renunciante”*.

Hay que decir, también, que en caso de que la solicitud de reversión sea denegada, el titular del derecho puede intentar una nueva solicitud, siempre y cuando no hayan caducado el plazo para ejercer el derecho, en cuyo caso, resultará aplicable la legislación vigente para el momento de esa nueva solicitud⁵⁴³.

3) Legislación aplicable.

Importante señalar, que el lapso de tiempo que discurre entre la expropiación forzosa y la solicitud de retrocesión, exige precisar cuál ha de ser la legislación aplicable a ese procedimiento, es decir, si ha de seguirse la que rigió al momento en que se produjo la expropiación o, por el contrario, la que se encuentra en vigor para la fecha de ejercicio del derecho de reversión.

El Tribunal Supremo, en las sentencias de 30 de mayo de 2014 y 20 de marzo de 2012, entre otras, ha sido enfático en expresar que la

⁵⁴³ *Ídem*, p. 246.

legislación aplicable para el derecho de retrocesión será aquella que esté en vigencia para la fecha en que es ejercido el mismo⁵⁴⁴.

Sin embargo, surge la duda de precisar la fecha de ello en el supuesto del artículo 64.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, que permite - en los casos en que transcurran 5 años, contados desde la toma de posesión de los bienes o derechos expropiados, sin que se hubiere ejecutado la obra o implantado el servicio, o de suspensión de 2 años, por causas imputables a la Administración o al beneficiario de la expropiación, de la obra o las actuaciones para el establecimiento del servicio - la posibilidad de avisar a la Administración sobre su propósito de ejercer el derecho de retrocesión, lo cual pueden efectivamente ejercer si transcurren dos años desde la fecha de ese preaviso sin que se inicie la obra o establezca el servicio.

Lo anterior, como se constata, demanda precisar cuál ha de ser la legislación aplicable: la vigente en el momento en que se realiza el preaviso, o, por el contrario, la que esté en vigor para la fecha en que es efectivamente presentada la solicitud de reversión.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 31 de enero de 2014, ha expresado que, en estos casos, el ejercicio del derecho de reversión se produce con el preaviso y no con la solicitud propiamente tal de la reversión, siendo en consecuencia aplicable la legislación vigente para la fecha en que el titular efectuó el aviso a la Administración⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 247.

⁵⁴⁵ *Ídem*, p. 248.

4) Supuestos del derecho de retrocesión o reversión.

Los artículos 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 de su Reglamento, enumeran las causas legitimadoras del derecho de reversión, las cuales son las siguientes:

i) Inejecución de la obra o servicio que motivó la expropiación.

Lo primero que debemos expresar es que, bajo este supuesto, sólo es procedente el derecho de reversión cuando nos hallemos en presencia de una inactividad total por parte de la Administración. Una ejecución lenta o retarda, que no implique una suspensión, no tiene cabida en la previsión del artículo 54.3 de la Ley de Expropiación, que es la norma que contempla esta causal de retrocesión.

Esta inejecución puede declararse por la propia Administración de manera expresa, mediante notificación al expropiado sobre su intención de no ejecutar la obra o de no implantar el servicio, disponiendo el expropiado de un plazo de 3 meses, desde la fecha de la notificación, para ejercitar su derecho.

Pero también, puede suceder que la Administración no realice la mencionada notificación, teniendo lugar la inejecución en el “*puro terreno de los hechos*”, presumiéndose producido el desistimiento (presunción *juris et de jure*) cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes: *i)* Que hayan transcurrido 5 años desde la fecha en que los bienes o derechos expropiados estuvieron disponible para la Administración sin que se haya

dado inicio a la ejecución de la obra o implantado el servicio; y *ii*) En caso de suspensión, por el transcurso de 2 años, de las actuaciones dirigidas a ejecutar la obra o implantar el servicio sin que se produjera por parte de la Administración o el beneficiario algún acto expreso para su reanudación⁵⁴⁶.

Hay que destacar, que en el caso de expropiaciones urbanísticas deberá observarse lo dispuesto en el artículo 47.2 del TRLS 2015, conforme al cual resulta procedente la reversión por el transcurso del plazo de 10 años, contados desde la expropiación, sin que la urbanización se haya concluido⁵⁴⁷.

Para entender cuándo se considerará no ejecutada la obra o no establecido el servicio, habrá que observarse lo dispuesto en el artículo 64.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, es decir, cuando exista un acto expreso de la Administración notificando su propósito de no ejecutar la obra o no establecer el servicio, o de actos administrativos que impliquen esa inexecución o no establecimiento⁵⁴⁸.

ii) Existencia de sobrantes de los bienes expropiados.

Este supuesto está previsto en el artículo 65 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, y se verifica cuando, realizada la expropiación, quedaren bienes sobrantes que no fueron utilizados para la ejecución de la obra o servicio, lo cual revela que no era necesaria la expropiación de la

⁵⁴⁶ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II...obra citada, p. 462.

⁵⁴⁷ Cfr. REBOLLO RICO, Alejandro, "La reversión", en RUBIO ESCOBAR, Pedro, *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*, ob. cit., p. 251.

⁵⁴⁸ Véase a GIMENO FELIU, José María, *El Derecho de Reversión en la Ley de Expropiación Forzosa. Fundamentación y condiciones de ejercicio...*citada, p. 116.

totalidad del bien o bienes afectados⁵⁴⁹, es decir, *“que no todos los bienes expropiados eran necesarios para el cumplimiento de la causa expropriandi”*⁵⁵⁰.

Es necesario resaltar, que para que pueda hablarse de sobrantes debe necesariamente haberse ejecutado la obra o establecido el servicio que motivó la expropiación; asimismo, ha de presuponerse que la obra realizada o el servicio establecido, son los mismos que motivaron la expropiación. Por ello, es necesario que no exista previsión sobre esa porción restante, ya que si se ocuparon más bienes previendo futuras ampliaciones, ha de entenderse que quedaron afectados al fin, no pudiendo entonces calificarse de partes sobrantes a efectos de la retrocesión⁵⁵¹.

iii) Desafectación de los bienes o derechos de la finalidad o servicio que motivó la expropiación.

Opera este supuesto cuando desaparece la afectación de los bienes o derechos a las obras o servicios que dieron origen a la potestad expropiatoria.

Es importante resaltar que, tal y como expresa PAREJO ALFONSO, no debe confundirse la desafectación con el cambio de la afectación, esto es, cuando la Administración expropiante efectúa una modificación del fin para dedicar los bienes a otras obras, servicios o finalidades diferentes, toda vez que, tras la reforma de la Ley en 1999, el cambio de afectación excluye de modo terminante la reversión, disponiendo en su artículo 54.2 a) que no

⁵⁴⁹ *Ídem*, p. 121.

⁵⁵⁰ Vid. REBOLLO RICO, Alejandro, “La reversión”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro, *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*, ob. cit., p. 252.

⁵⁵¹ Cfr. GIMENO FELIU, José María, *Ídem*, p. 121.

habrá derecho a reversión, cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social⁵⁵².

Esta causal plantea también el problema de determinar qué sucede si la desafectación se produce de manera sobrevenida, es decir, ya realizada la obra o el establecimiento del servicio que motivó la expropiación; o si puede darse sin haberse llegado a iniciarlos.

Al respecto, hay que destacar que se estará en presencia de un supuesto de desafectación si antes de iniciarse la obra o el establecimiento del servicio, fuere afectado el bien a un fin distinto al que motivó la expropiación, es decir, a un fin que no fuere consecuente con la *causa expropriandi*; y también, cuando ejecutada la obra o establecido el servicio, desapareciera la afectación del bien o servicio al fin expropriatorio⁵⁵³.

Resulta necesario expresar, también, que este supuesto puede verificarse de manera expresa o tácita. En el primer caso, se produce cuando la Administración acuerda la desafectación y notifica de dicho acto al titular del derecho o a sus causahabientes, quienes tendrán un plazo de 3 meses para ejercitar el derecho de retrocesión. La otra manera, es que no se produzca tal notificación, estando frente a la denominada desafectación tácita, cuyo plazo para el ejercicio de la reversión es de 20 años desde la toma de posesión del bien o derecho⁵⁵⁴.

En el caso de expropiaciones urbanísticas, el artículo 47.1 del TRLS 2015, prevé que procede la reversión en caso que sea alterado el uso que motivó la expropiación, bien por modificación o revisión del instrumento de

⁵⁵² PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...citada*, p. 776.

⁵⁵³ Cfr. REBOLLO RICO, Alejandro, "La reversión", en RUBIO ESCOBAR, Pedro, *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*, ob. cit., p. 258.

⁵⁵⁴ *Ídem*, p. 259.

ordenación territorial y urbanística, a menos que concurren algunos de estas circunstancias: *i)* Que el uso dotacional que hubiere motivado la expropiación haya sido efectivamente implantado y mantenido durante 8 años, o si el nuevo uso asignado al suelo sea igualmente dotacional público; *ii)* Si el nuevo uso es compatible con los fines que motivaron la expropiación cuando ésta se haya producido para la formación o ampliación de un patrimonio público de suelo; *iii)* Si la expropiación se ha producido para la ejecución de una actuación de urbanización; *iv)* Si la expropiación se produce por incumplimiento de los deberes o no levantamiento de las cargas propias del régimen aplicable al suelo; *v)* En cualquier otro caso que no resulte procedente la reversión conforme la Ley de Expropiación⁵⁵⁵.

5) La devolución del valor o indemnización reversional.

La conclusión de la privación en que consiste la expropiación conlleva, obviamente, el deber del “*expropiado/reversionista*” de reponer a la Administración el valor de los bienes cuya recuperación pretende, pues, de lo contrario, constituiría un enriquecimiento injustificado, ya que en su momento éste recibió el justiprecio correspondiente al bien. Así, constituye un presupuesto para el ejercicio del derecho de retrocesión la restitución de la indemnización expropiatoria percibida por el expropiado (art. 55.1 LEF), la cual ha de efectuarse conforme las pautas siguientes:

- i) El *quantum* de la devolución, como norma general, debe coincidir con la indemnización expropiatoria recibida por el expropiado, actualizado “*conforme a la evolución del índice de precios al consumo en el período comprendido entre la fecha de iniciación*”

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 261.

del expediente expropiatorio y la de ejercicio del derecho de reversión” (art. 55.1 LEF). Asimismo, será preciso realizar una nueva valoración del bien o derecho referida a la fecha de ejercicio del derecho de retrocesión si éstos hubieren experimentado cambios en su calificación jurídica que condicionaran su valor, si hubiera incorporado mejoras aprovechables por el titular de aquel derecho o, por el contrario, hubiere sufrido menoscabo en su valor (art. 55.2 LEF)⁵⁵⁶.

- ii) Conforme pauta el artículo 55.3 de la Ley de Expropiación Forzosa, para que el expropiado pueda proceder a la recuperación del bien, debe necesariamente efectuar el previo pago de la indemnización reversional, lo que la constituye en verdadero presupuesto de la efectividad de la reversión. Igualmente, tal precepto consagra un plazo de caducidad de 3 meses, desde su determinación en sede administrativa, para que el expropiado/reversionista proceda al pago de la indemnización reversional, sin perjuicio del recurso contencioso-administrativo que pudiera interponerse contra el acto administrativo que la fije. También, debe expresarse que en caso de ejercicio del recurso contencioso-administrativo que establezca en la sentencia importes distintos al de la indemnización establecida en vía administrativa, las diferencias en más o en menos, deberán ser satisfechas o reembolsarse en el plazo de 3 meses, contados desde la fecha de notificación de la sentencia, incrementadas con los intereses devengados al tipo legal desde la fecha del primer pago. En caso de impago de diferencia, cuando corresponda hacerla al expropiado, constituirá casual de caducidad del derecho

⁵⁵⁶ Véase al respecto a SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II...obra citada, p. 465.

de reversión⁵⁵⁷.

b) Situación en Venezuela.

La retrocesión en Venezuela ha sido definida por la doctrina, como el *“derecho otorgado al antiguo titular del bien expropiado para que lo readquiera, devolviendo la justa indemnización recibida en seno al procedimiento expropiatorio, restableciéndose de esta manera la situación jurídica que existía con precedencia al ejercicio de la potestad expropiatoria, a consecuencia de la desaparición – una vez consumada la expropiación – del elemento esencial de la causa (causa expropriandi)”*⁵⁵⁸.

A diferencia del ordenamiento español, la legislación venezolana había regulado tradicionalmente las garantías del instituto expropiatorio en razón de las dos primeras señaladas (formal y patrimonial), pero no había recogido completamente este tercer elemento que configura la garantía de devolución⁵⁵⁹.

En efecto, el primer *antecedente legislativo*⁵⁶⁰ de este derecho se halla en el Decreto Ejecutivo de Expropiación por Causa de Utilidad Pública de 10 de diciembre de 1892, en cuyo artículo 11 establecía:

“Cuando la cosa expropiada no fuere destinada a la

⁵⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁵⁸ Vid. MUCI BORJAS, José Antonio, *La Retrocesión en la Expropiación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 26.

⁵⁵⁹ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo...citado*, pp. 453 y 454.

⁵⁶⁰ Sobre los antecedentes legislativos de la retrocesión en el ordenamiento jurídico venezolano, véase con provecho a MUCI BORJAS, José Antonio, *La Retrocesión en la Expropiación...obra citada*, pp. 39 y ss.

obra pública para cuya ejecución se acordó la expropiación, el dueño puede retrotraerla devolviendo el precio o indemnización que recibió.”

Posteriormente, dicho Decreto fue derogado por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública de 1909, que, sin embargo, no suprimió el derecho de retrocesión al consagrar en su artículo 42 lo siguiente:

“En el caso de no ejecutarse la obra que dio lugar a la expropiación, la cosa expropiada volverá a su antiguo dueño, devolviendo éste el precio recibido, si así le conviniere.

Único.- El mismo derecho le corresponde al resolver que se venda cualquier porción que sobrare después de ejecutada la obra.”

Esta previsión se mantuvo sin variaciones en su contenido en las Leyes de Expropiación de 1912, 1918, 1923 y 1926.

La Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública de 1936, modificó la redacción esta norma, estableciendo en el artículo 41 lo siguiente:

“En el caso de no ejecutarse la obra que dio lugar a la expropiación, u otra de las indicadas en el artículo 11, la propiedad volverá a su antiguo dueño, si así le conviniere, devolviendo el precio recibido.

- 1. El mismo derecho le corresponde al resolver que se venda cualquier porción que sobrare después de ejecutada la obra.*
- 2. El expropiante debe dar principio a la ejecución de la obra en el término de un año, contado a partir del acto de la entrega material de la cosa expropiada.”*

La Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de 1942, también previó este derecho al establecer en su artículo 42 que:

“Si transcurrido el término de un año, a partir del acto de la entrega de la cosa expropiada, no se ha dado principio a la ejecución de la obra, el expropiado puede recobrar la finca o el derecho que fue objeto de la expropiación, devolviendo el precio recibido o en el caso de no haberse recibido ningún precio, como lo prevé el artículo 30, pedir que se le otorgue el documento de traspaso.

El mismo derecho le corresponde al propietario al resolverse que se venda cualquier porción sobrante después de ejecutada la obra. En el caso de que hayan transcurrido seis meses después del año a que se refiere este artículo sin que el expropiado haya hecho uso de sus derechos, el expropiante podrá disponer libremente de la propiedad.”

La anterior, fue la última norma en consagrar, de manera expresa, el derecho de retrocesión, ya que ni la Ley de Expropiación de 1947, ni su reforma de 1958, previeron disposición alguna que lo regulase.

No obstante, a pesar de tal omisión, la doctrina mayoritaria consideró que tal figura podía ser asumida como un elemento “*inherente*” a la expropiación, por lo que era innecesaria su regulación normativa.

Así, para MUCI BORJAS el silencio del Legislador no autorizaba a afirmar la inexistencia del derecho de retrocesión, ya que éste es de la esencia misma de la expropiación, en base a las razones siguientes: i) La potestad expropiatoria, como toda potestad pública, requiere para su validez que su ejercicio sea válido y conforme a Derecho, debiendo el ente expropiador ejercerla para alcanzar los objetivos establecidos, perseguidos por el ordenamiento jurídico. Un ejercicio distinto respecto del fin que justificó el ejercicio de esa potestad por lo cual se permitió la privación del derecho de

propiedad, sería entonces contrario a la Constitución; *ii*) El ejercicio de la expropiación se encuentra sometido constitucionalmente a la existencia de una causa de utilidad pública o de interés social, como únicas razones que justifican la restricción de la titularidad del derecho de propiedad a través del empleo de la expropiación forzosa. Ello entonces lleva a concluir, que el derecho de retrocesión fue consagrado por el constituyente de manera *virtual o implícita*, por vía de consecuencia, estando legitimado el expropiado a solicitar la devolución del bien, cuando esos motivos de utilidad pública o de interés social llegaran a desvirtuarse; *iii*) Al ser la expropiación un instrumento para alcanzar fines específicos de utilidad pública o de interés social, en caso de destinarse el bien a un fin distinto al que justificó su privación del titular, o se revele excesivo, su permanencia en manos del expropiante resulta inútil, absurda y carente de fundamento⁵⁶¹.

Debe precisarse que, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983, fue que se consagró expresamente el derecho de retrocesión en el ordenamiento jurídico venezolano, al establecer en su artículo 69 lo siguiente:

“Artículo 69.

Los terrenos de cualquier clase que se expropian por razones urbanísticas, deberán ser destinados al fin específico establecido en el plan correspondiente. Si se pretende modificar su afectación o se agotara la vigencia del plan sin haber cumplido el destino a que se afectaron, procederá la retrocesión de los terrenos con arreglo a lo que disponga la legislación de la materia...”

No obstante, tal regulación limitaba el ejercicio del derecho de retrocesión a dos supuestos específicos: *i*) Cuando se esté frente a razones

⁵⁶¹ MUCI BORJAS, José Antonio, *La Retrocesión en la Expropiación...obra citada*, pp. 43-46

de tipo urbanístico, vale decir, bienes inmuebles; ii) Su ejercicio debía verificarse conforme la legislación respectiva, siendo que la Ley de Expropiación de 1958 nada disponía al respecto⁵⁶².

Por su parte, la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en la decisión del caso “*Trivel, C.A.*”, de fecha 8 de diciembre de 1988, y ante la omisión del derecho de retrocesión en la Ley de Expropiación de 1958, dejó sentado lo siguiente:

“...Conforme a las normas constitucionales y legales que la rigen, la expropiación está dirigida a un fin de utilidad pública o social, predeterminado por la Ley (...) que requiere o exige que cada expropiación, singularmente considerada, sirva a dicho fin específico para que se entienda legitimada en su cusa legal.

Cabe notar al respecto que lo importante en materia de expropiación no es la privación del derecho que ella envuelve, sino más bien el destino posterior al cual se afectará el bien objeto de la misma. Por ello la expropiación se presenta, al decir de la doctrina, como un instrumento y no como un fin, como un elemento dentro de una operación de poder público que la supera y trasciende. Toda expropiación ha de servir a esa finalidad instrumental, sin lo cual carecerá de causa (...) Por ello, la causa expropiandi genéricamente justificada en los conceptos de utilidad pública o interés social, se inserta con carácter permanente en el proceso expropiatorio (sin que pueda argüirse que ella sólo aparece al inicio o apertura del ejercicio de la potestad expropiatoria), para particularizarse o individualizarse en la afectación que detalla el decreto de ejecución de la misma. La expropiación queda así unida, vinculada, al destino invocado como causa expropiatoria, de modo que el beneficiario, de modo que el beneficiario de la expropiación (...) queda gravado con la carga de realizar ese destino específico de cuya realización pende la validez de la expropiación misma. La

⁵⁶² Vid. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...obra citada*, pp. 356 y 357.

expropiación ha de justificarse en una finalidad legal de utilidad pública o de interés social, sin lo cual no cabe siquiera iniciarla; pero ha de legitimarse, una vez consumada, en el servicio efectivo de esa finalidad legal, que es lo que se llama técnicamente causa y, que supone una transformación ulterior del bien expropiado, material o jurídica, en el sentido postulado de esa finalidad, sin lo cual, la expropiación aún no realizada no puede mantenerse.

(...)

Consagra así la novedosa Ley (artículo 69 de la LOOT) una última protección al derecho de propiedad, al reconocer al expropiado el derecho a recobrar el bien objeto de la expropiación si se varía la afectación inicial o se agota la vigencia del plan respectivo, esto es, una vez que se ha comprobado que el bien objeto de la misma no ha sido afectado por el beneficiario al fin originalmente impuesto por la causa expropriandi. Esta especificidad de la “causa expropriandi” impide a la Administración apartarse del ámbito singular que conforme a la Ley aparece concretado en el Decreto de expropiación, como acto de ejecución que es aquella, y que envuelve además un acto de reconocimiento singular de la operación expropiatoria, que realiza el Presidente de la República”⁵⁶³.

Como se observa, el Máximo Tribunal no limitó el derecho de retrocesión a lo que disponía la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983, ya citada, que estaba vinculada al régimen urbanístico, sino que la consideró aplicable a todos los juicios expropiatorios, sin distinción de su objeto o materia, considerándola como una garantía inherente a las otorgadas al administrado para la efectiva tutela jurídica de su

⁵⁶³ La referencia de la decisión es tomada de MUCI BORJAS, José Antonio, “El derecho a la retrocesión en la expropiación forzosa y la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en fecha 8 de diciembre de 1988”, en *Revista de Derecho Público*, Núm. 37, Enero-Marzo 1989, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 158 y 159.

derecho constitucional a la propiedad⁵⁶⁴.

Igualmente, el Supremo Tribunal en ese fallo dejó sentado que la existencia de la *causa expropriandi* ha de ser permanente; en consecuencia, si la medida expropiatoria dejase de cumplir con el destino de utilidad general previsto en el Decreto de afectación, el antiguo titular del bien expropiado se halla legitimado para demandar su devolución. Necesario destacar, que este punto fue objeto de críticas por la doctrina, pues, se entendió que con este criterio el derecho de retrocesión resultaba procedente ante toda modificación de la afectación, incluso en aquellos casos en los cuales se hubiere dado cumplimiento, mientras las necesidades así lo exigieron, al fin o destino originalmente establecido en el Decreto de afectación y, por lo tanto, se dio satisfacción a las necesidades colectivas que determinaron el ejercicio de la potestad pública⁵⁶⁵.

Así pues, hasta la entrada en vigor de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de 2002, el derecho de retrocesión en Venezuela procedía, a juicio de la doctrina y de la jurisprudencia, del mandato constitucional de destinar el bien al “*fin de utilidad pública o interés social determinado por la Ley*”, que está presente en toda expropiación forzosa de manera implícita, lo cual, cuando no era cumplido, habilitaba al “*ex propietario*” para pedir la devolución de aquél⁵⁶⁶.

La Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de 2002, en el único aparte del artículo 51 consagra el derecho de retrocesión en los términos siguientes:

⁵⁶⁴ Vid. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...obra citada*, p. 358.

⁵⁶⁵ Sobre la decisión aludida, véase a MUCI BORJAS, José Antonio, “El derecho a la retrocesión en la expropiación forzosa y la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en fecha 8 de diciembre de 1988”, en *Revista de Derecho Público...citada*, pp. 155 y ss.

⁵⁶⁶ Cfr. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...obra citada*, p. 358.

“Artículo 51.

(...)

El propietario del bien expropiado, que no fuere utilizado para la obra de utilidad pública o interés social que motivó su expropiación, tendrá derecho a readquirirlo por el mismo precio por el cual se lo adquirió el ente expropiante, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponderle al expropiado por los daños y perjuicios que la expropiación injustificada le ocasionó. En consecuencia, bastará la simple comprobación mediante inspección judicial, de que el bien expropiado no esté siendo destinado para la obra de utilidad o interés social que motivó su expropiación. En estos casos, el derecho de retrocesión se ejercerá en sede administrativa ante el ente expropiante respectivo, sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiere lugar.”

Se consagra así, en forma expresa, el derecho de retrocesión, bastando como prueba para su ejercicio que el antiguo titular deje constancia, a través de una inspección judicial, que el bien expropiado no fue destinado a la satisfacción del fin público que motivó su afectación, en cuyo caso deberá devolver el mismo monto de adquisición.

Sin embargo, la doctrina considera que esta regulación sobre el derecho de retrocesión no estimó los aspectos siguientes:

- a) Cuando debe entenderse que no se realizó la obra de utilidad pública o interés social para la cual se expropió el bien (supuesto de hecho de la retrocesión).
- b) Cuando nace el derecho del particular a solicitar la retrocesión.
- c) Cómo debe ejercitarse este derecho.

d) Cómo ha de calcularse la indemnización que el particular debe dar al expropiante a cambio del bien⁵⁶⁷.

Igualmente, se ha dicho que al contemplar el artículo 51 citado que la retrocesión debe ser ejercida en sede administrativa, ante el propio ente expropiante, ello implica necesariamente la tramitación de un procedimiento administrativo, regulado, por regla general, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Así, al tratarse de un procedimiento que no requiere sustanciación, ya que basta como prueba la inspección judicial aportada por el expropiado, y no establecer la Ley de Expropiación de 2002 un plazo para que el ente expropiante emita decisión, deberá observarse lo que al efecto contemplan los artículos 4 y 5 de aquella norma. Entonces, el ente expropiante dispondrá de un lapso de 20 días hábiles, siguientes a la solicitud del particular expropiado, para emitir la respectiva decisión; de no producirse la misma en ese lapso, se entenderá que ha decidido negativamente, quedando habilitado el solicitante para acudir a la vía judicial para demandar la retrocesión del bien o derecho, observándose para ello lo establecido en los artículos 76 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, relativos a las controversias administrativas. Para ello, también se ha dicho, no deberá exigirse el agotamiento del antejuicio administrativo previo a las demandas contra la República establecido en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, pues, bastará que el expropiado solicitante de la retrocesión demuestre haber llevado a cabo el procedimiento en sede administrativa, ante el ente expropiante, y que la misma fue decidida negativamente. Ello así, toda vez que deben regir las previsiones de la Ley

⁵⁶⁷ LINARES BENZO, Gustavo, “Innovaciones de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social del 21-05-2002”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., LINARES BENZO, Gustavo, AGUERREVERE VALERO, Dolores y BALASO TEJERA, Caterina, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social...obra citada*, pp. 147 y ss.

que, por su especialidad, regula lo relativo a la materia expropiatoria⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸ Véase a BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...obra citada*, pp. 360 y 361.

CAPÍTULO IV

CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS GENERALES DE LA EXPROPIACIÓN EN ESPAÑA Y VENEZUELA

1. INSTITUCIÓN DE DERECHO PÚBLICO. CARÁCTER COACTIVO.

a) Situación en España.

Tal y como señala GARRIDO FALLA, clásicamente se ha entendido a la expropiación forzosa como *“un instituto de Derecho público que consiste en la transferencia coactiva de la propiedad de un particular a una Administración pública, o a otro particular, por razón de interés público y previo pago de su valor económico”*⁵⁶⁹.

A su vez, PAREJO ALFONSO – siguiendo a la jurisprudencia – la define como *“un negocio jurídico de Derecho público, derivado del ejercicio de la correspondiente potestad por el poder público y al que son esenciales determinadas garantías para el sujeto pasivo de dicha potestad”*⁵⁷⁰.

Por su parte, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO define a la expropiación forzosa como *“cualquier forma de intervención administrativa que implique la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, acordada imperativamente, en virtud de una causa de utilidad pública o interés social, y que conlleva la*

⁵⁶⁹ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 258 y 259.

⁵⁷⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...obra citada*, p. 820.i

correspondiente indemnización”⁵⁷¹.

De igual forma, y como indicamos en el Capítulo III de esta investigación, el Tribunal Constitucional en las sentencias 37/1987, de 26 de marzo; 166/1986, de 19 de diciembre; y 164/2001, de 11 de julio, ha expresado que la expropiación se encuentra consagrada en la Norma Suprema bajo una doble faz: por un lado, se articula como una garantía constitucional del derecho de propiedad privada, toda vez que asegura al propietario una justa compensación económica por el sacrificio de verse privado de sus bienes o derechos de contenido patrimonial; y, por el otro, supone un *“instrumento positivo puesto a disposición del poder público (especialmente del administrativo) para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de la justicia social”*⁵⁷².

Así pues, dos son los aspectos fundamentales de la institución expropiatoria: *i)* Poder del estado (por excelencia, de la Administración Pública) para extinguir el derecho de propiedad; *ii)* Sistema de garantías de los administrados sobre su patrimonio por la acción ablatoria del poder público.

Ya nos referimos en el Capítulo III de nuestra investigación al aspecto garantístico de la expropiación, por lo que en este punto tocaremos lo concerniente al poder que le es reconocido al Estado para accionar sobre el derecho de propiedad privada.

Lo primero entonces que debemos expresar, es que la expropiación es reconocida como una potestad pública, lo que supone que se encuentra conferida por la Ley, es decir, que no nace de una relación jurídica concreta,

⁵⁷¹ Citado por PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación Forzosa*, Editorial Bosch, Barcelona, 2002, p. 31.

⁵⁷² Véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, p. 823.

y, por tanto, no tiene como contrapeso un deber o un derecho, sino el sometimiento del particular a los efectos jurídicos que de ella devienen (relación de sujeción).

Se trata de una “*potestad administrativa formal*”, que puede ser desplegada por la Administración Pública a la que le haya sido atribuida en los diferentes campos materiales de su actuación (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Territoriales Locales integrantes de la Administración Local). Dicha potestad debe ejercerse de conformidad con la legislación estatal sobre expropiación forzosa y la legislación sectorial, estatal o autonómica, que resulte aplicable para ello⁵⁷³.

Este poder expropiatorio se extiende a un marco genérico de posibles objetos; no encuentra enfrente a obligados singulares, prestaciones o actuaciones debidas, sino sujeciones, vinculaciones pasivas (situación pasiva de inercia) de soportar sus efectos propios. Es una potestad innovativa cuyos efectos se dirigen a extinguir, o bajo otra visión a convertir, situaciones jurídicas patrimoniales de las personas sujetas a la misma. Se trata de un poder concreto, integrado al poder genérico y ordenador del Estado, que halla su fundamento o justificación, precisamente, en ese poder del Estado en abstracto, por ende, afectado por los mismos límites⁵⁷⁴.

No obstante, es importante señalar, que para GARRIDO FALLA el fundamento de la potestad expropiatoria no reside únicamente en la situación de supremacía de la Administración Pública frente a los particulares, sino que se encuentra, por una parte, en la necesidad que tiene la Administración de sustraer del patrimonio privado de los particulares determinados bienes o derechos para dar satisfacción a las necesidades colectivas; por la otra, en el

⁵⁷³ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5º edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 758.

⁵⁷⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Thomson/Civitas, 2º reimpresión, Cizur Menor, 2006, pp. 52 y 53.

carácter subordinado y condicionado del derecho de propiedad al interés público. En tal sentido, sostiene dicho autor, que se confunde el título jurídico con el fundamento racional de la institución⁵⁷⁵.

Al respecto, debemos destacar que la Ley de Expropiación Forzosa no consagra expresamente cuál es el fundamento de la expropiación; sin embargo, la exposición de motivos inicia afirmando que dicha institución prevé el caso en que, zanjada la colisión entre el interés público y el privado, dada la lógica prevalencia del primero, se impone la obligación de llevar a cabo el procedimiento legal respectivo para obtener jurídicamente la transmisión imperativa del derecho expropiado y, consecuentemente, hacer efectiva la justa indemnización a favor del particular. Asimismo, en el articulado de la Ley queda reflejado el fundamento de la expropiación en la exigencia de la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin al que ha de destinarse el objeto expropiado, así como en la declaración de concreta necesidad de ocupación de los bienes o derechos de que se trate (arts. 1, 9 y 15 LEF); en suma, la subordinación de la propiedad privada a los fines públicos⁵⁷⁶.

Conforme ya se ha expresado, la propiedad no es un derecho absoluto, sino que, al igual que los demás derechos, ha de servir a una necesidad colectiva para subsistir o mantenerse⁵⁷⁷. Por ello, cuando las necesidades colectivas demandan la desaparición o transformación de ese derecho (actuación de la potestad expropiatoria por parte de la Administración), nada resulta objetable a esa exigencia, debiendo, en todo

⁵⁷⁵ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo...citada*, pp. 260 y 261.

⁵⁷⁶ Al respecto, confróntese a PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación Forzosa...obra citada*, pp. 33 y 34; en términos similares a LÓPEZ-NIETO y MALLO, Francisco, *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*, 3º edición, La Ley/El Consultor, Madrid, 2007, pp. 75 y 76.

⁵⁷⁷ Como tuvimos oportunidad de señalar en el capítulo referente a la propiedad constitucional, el contenido del derecho de propiedad privada se halla delimitado en razón de la función social de conformidad con lo dispuesto en las leyes; asimismo, el Texto Constitucional (art. 128.1) subordina toda la riqueza del país al interés general.

caso, reducirse al mínimo el sacrificio del particular de manera que no represente una pérdida de contenido patrimonial para éste.

Este tema ha sido reiteradamente tratado por el Tribunal Supremo, señalando que la expropiación encuentra su fundamento en la coacción, en la fuerza del Estado (o de quien en su lugar aparezca subrogado) para apropiarse de una cosa de propiedad particular en beneficio del interés público mediante la consiguiente y proporcionada indemnización (sentencia de 26 de febrero de 1931). Igualmente, en sentencia de 3 de marzo de 1958, expresó que la expropiación forzosa es una institución nacida de la necesidad social de extraer del dominio particular los bienes imprescindibles para la realización de obras o el establecimiento de servicios redundantes para el beneficio de la colectividad, subordinando el interés privado al público. De forma aún más concreta, en sentencia de 22 de noviembre de 1960, afirmó que la expropiación es un acto de soberanía del Estado por el que se priva al particular de la propiedad y posesión de una cosa en beneficio de la colectividad, con el fin de atender los intereses públicos o sociales que el bien común demanda⁵⁷⁸.

Como su propio nombre lo indica, la expropiación forzosa se caracteriza por la transferencia de la titularidad de manera obligatoria o coactiva, procediendo, incluso, en contra de la voluntad del expropiado. Tal carácter, es necesario precisar, no se pierde por el hecho de que los sujetos intervinientes puedan convenir de mutuo acuerdo la adquisición de los bienes o derechos, como pauta el artículo 24 de la Ley, ya que, en dicho caso, lo que se pacta amigablemente es la determinación del justo precio, pues, la transmisión de la titularidad ya viene impuesta por la previa declaración de utilidad pública o interés social y por el acuerdo de necesidad de ocupación. Aquí, hay que señalar también, que si bien con anterioridad a tales

⁵⁷⁸ Cfr. PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación Forzosa...obra citada*, p. 35.

declaratorias la administración y el propietario de los bienes pueden igualmente convenir su transferencia, en esos supuestos no estaríamos en presencia de una expropiación forzosa, sino de adquisiciones efectuadas al margen y de forma anterior al expediente expropiatorio⁵⁷⁹.

Este carácter coactivo se encuentra expresamente proclamado en el artículo 1 de la Ley, que estatuye que la expropiación consiste en la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales *“acordada imperativamente”*. Se trata, en efecto, de una privación *“deliberada y querida, producto, por tanto, de una decisión declaratoria, caracterizable típicamente entre los actos administrativos de gravamen, que restringen (aquí, por la vía de un sacrificio específico) la esfera de derechos o intereses del destinatario”*⁵⁸⁰.

Tal elemento (coercitividad) distingue a la expropiación de los supuestos que determinan el instituto de la responsabilidad administrativa, que comprende daños producidos por hechos jurídicos y por actos que no pretenden la producción de un despojo patrimonial, sino un efecto distinto, que, no obstante, implican, además de ese efecto, la producción residual de un daño. La expropiación, por lo contrario, constituye una actuación que va decididamente dirigida a la materialización de un despojo o privación patrimonial, que, para ser legítima, ha de someterse a un procedimiento formal. Esta diferencia determina que en el supuesto de la responsabilidad surja, como consecuencia de la lesión, un deber de reparación; en la expropiación, por su parte, no hay ese deber de reparación posterior, sino una carga preventiva de indemnización que condiciona la posibilidad misma del despojo. De ahí que la regulación de la expropiación sea la de un procedimiento positivo; la de la responsabilidad administrativa, en cambio, la

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁸⁰ Vid GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 9º edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 250.

de unas consecuencias originadas por la ocurrencia de un hecho jurídico, dañoso, que se reputa inalterable, definitivo⁵⁸¹.

b) Situación en Venezuela.

La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en la decisión del caso *“Banco Obrero contra Hacienda La Urbina”*, de fecha 24 de febrero de 1965, expresó que la expropiación es *“una institución de derecho público mediante la cual la administración, para el cumplimiento de fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles o inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa indemnización”*⁵⁸².

Por su parte, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, en su artículo 2, define a la expropiación como *“una institución de Derecho Público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o de interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización”*.

Así, tanto la Ley como la jurisprudencia coinciden en que la expropiación es una institución que le permite al Estado la transferencia de bienes de propiedad privada a su patrimonio; es decir, una institución en donde se encuentran confrontados intereses privados y generales, lo que hace que se encuentre regulada, fundamentalmente, por normas de Derecho

⁵⁸¹ *Ídem*, p. 251.

⁵⁸² La referencia es tomada de BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, Vol. V, Civitas/Thomson-Reuters, Madrid, 2013, p. 432.

Público, que implican una limitación al derecho de propiedad garantizado en la Constitución⁵⁸³.

Se trata de una potestad, de un poder jurídico, esto es, que está atribuido por la Ley a la Administración, lo cual implica una habilitación para actuar y, simultáneamente, una carga, que se encuentra funcionalizada a la realización de un fin concreto. Es un poder-deber, limitado a la ocurrencia de las circunstancias de hecho previstas en las normas como supuesto válido de actuación⁵⁸⁴.

Hay que destacar, que un sector de la doctrina considera a la expropiación como una “*potestad natural o propia de la Administración de contenido extraordinario*”, ya que – a su decir – con ella se está ejecutando directamente la Constitución y se están imponiendo límites o restricciones al derecho constitucional de la propiedad, basados en razones de utilidad pública o interés general; actividades éstas que, desde un punto de vista formal, corresponderían ordinariamente al Legislador⁵⁸⁵.

En contraste, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ sostiene que con dicha tesis se desconoce el concepto técnico de potestad como título concreto derivado de la Ley, toda vez que la Administración no ejecuta la Constitución al proceder a dictar el Decreto Expropiatorio, sino que, por el contrario, ejecuta la Ley en la cual se encuentra atribuida esa potestad (Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social). Además, afirma que no puede considerarse a la expropiación como una potestad natural de la

⁵⁸³ Vid. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela*, Caracas, 2014, pp. 98 y 99.

⁵⁸⁴ Cfr. HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano*, UCAB, Caracas, 2014, p. 79.

⁵⁸⁵ Al respecto, véase a KIRIAKIDIS L., Jorge C., “Notas para una aproximación constitucional a la facultad expropiatoria”, en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. (Coordinador), *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo II, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 1550 y ss.

Administración, ya que las potestades no le pertenecen a ésta, sino que devienen de la Ley que es la que se la atribuye a la Administración. Sin la Ley, la Administración carece de cualquier potestad⁵⁸⁶.

Al igual que sucede en el ordenamiento español, caracterizan la naturaleza del instituto expropiatorio la coactiva y obligatoria transferencia de la propiedad. Así, en decisión de la antigua Corte Federal y de Casación, del 14 de marzo de 1952, se dejó sentado lo siguiente:

*“Ahora bien, no puede decirse que en materia expropiatoria cuando hay arreglo amigable se trata de una venta perfectamente voluntaria, de un consentimiento totalmente libre; la expropiación se verifica por las buenas o por las malas; de manera que prácticamente es una venta obligada, a la cual hay que llegar aun cuando el propietario no quiera”.*⁵⁸⁷

Así pues, la coacción viene a ser una de las características más resaltantes de la expropiación. Este carácter coactivo la diferencia de la institución de la compra-venta de derecho privado, en la cual las partes acuerdan las condiciones de la operación. Por el contrario, en la expropiación al particular no le es dado debatir si realmente el ente expropiante necesita o no los bienes sobre los cuales va a recaer el decreto expropiatorio o de afectación; tampoco se le permite objetar el momento o el tiempo en que éste se ejecuta, ni negarse a la transmisión de la propiedad, que siempre es forzosa para el dueño y necesaria para la Administración. Al particular únicamente le es permitido plantear el cumplimiento de las garantías

⁵⁸⁶ Vid. HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano...obra citada*, p. 83.

⁵⁸⁷ La referencia es tomada de BREWER-CARÍAS, Allan R. “Introducción general al régimen de la expropiación”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., LINARES BENZO, Gustavo, AGUERREVERE VALERO, Dolores y BALASSO TEJERA, Caterina, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*, Colección Textos Legislativos No. 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 19.

patrimoniales relacionadas con la lesión producida a sus derechos. La potestad expropiatoria, una vez que se ejerce, resulta irreversible⁵⁸⁸.

Un enfoque distinto es expuesto por HERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁵⁸⁹, quién considera que al ser la expropiación una restricción a la libertad general del ciudadano, le corresponde a la Administración la obligación de motivar, debidamente, las razones por las cuales la adquisición forzosa de los bienes es estrictamente necesaria para la ejecución de la obra o actividad declarada de utilidad pública o social por la Ley. Incluso, estima este autor que tal obligación se extiende a la carga de la Administración de justificar las causas por las cuales no hay otras soluciones menos restrictivas a la libertad que la decisión de expropiar, lo que constituye, precisamente, la utilidad final de la garantía de menor intervención. De esta manera, si la Administración debe asumir la técnica menos restrictiva a la libertad, debe justificar las razones por las cuales la decisión adoptada en el Decreto Expropiatorio es la menos restrictiva, en ausencia de otras soluciones menos invasivas a la libertad, todo ello como consecuencia específica del principio de buena Administración.

En este sentido, sostiene el mencionado autor, que para la defensa de la libertad, el ciudadano tiene derecho a debatir el ejercicio de la potestad expropiatoria por parte de la Administración, lo que supone el control judicial de dicha decisión, a fin de determinar si ella se ajusta al principio de menor intervención, lo cual es posible, incluso, dentro del propio juicio expropiatorio.

También, expone este autor que la potestad expropiatoria es una potestad ablatoria de tipo objetivo, esto es, que no considera la conducta ni

⁵⁸⁸ Al respecto, véanse las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fechas 15 de agosto de 1988 y 20 de junio de 1995, en *20 Años de Jurisprudencia. Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en materia de expropiación: años 1977-1996*, FUNEDA, Caracas, 1998, pp. 3 y 4.

⁵⁸⁹ HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano...obra citada*, pp. 84 y ss.

condiciones particulares del sujeto propietario, como sucede en los casos de potestades ablatorias de tipo subjetivo, las cuales se encuentran basadas en la conducta de un determinado sujeto, cuyo supuesto típico es de la potestad sancionadora. De ahí que la expropiación no sea una sanción, no es punitiva, lo cual la distingue de otras medidas que inciden sobre la propiedad privada, como son, la confiscación y el comiso.

2. LAS PREVISIONES DE LOS ARTÍCULOS 33.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y 115 DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA.

A. La calificación del fin de utilidad pública o interés social.

a) Situación en España.

Conforme ya hemos expresado en el Capítulo III de la presente investigación, el artículo 33.3 de la Constitución consagra a la declaratoria de utilidad pública o de interés social como la causa o el fin que sustenta la privación del derecho de propiedad al particular. Por su parte, el artículo 9 de la Ley de Expropiación Forzosa establece que *“para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado”*.

Tal calificación, conforme establecen las normas mencionadas, ha de preceder al inicio del procedimiento de expropiación, lo cual equivale a que constituya el presupuesto de la operación expropiatoria y no un trámite, ni

quiera el inicial, del procedimiento en cuestión. La calificación de utilidad pública o de interés social, así, no es una fase del procedimiento, sino un requisito previo, un presupuesto básico indispensable de toda expropiación⁵⁹⁰.

Estas nociones, como también se indicó en el capítulo anterior, suponen conceptos jurídicos indeterminados, y tienen significados diferentes. Así, el de utilidad pública fue pensado originalmente para hacer referencia a las obras públicas, o sea, a la realización de obras a cargo de la Administración destinadas al beneficio de toda la población. Hoy, sin mucho rigor, el término es utilizado para hacer mención a aquellas expropiaciones cuyo beneficiario es, directa o indirectamente, una organización pública, es decir, como noción equivalente al interés general⁵⁹¹.

El concepto de interés social, por su parte, está referido a cualquier forma de interés o necesidad colectiva prevalente al individual del propietario, en donde el beneficiario de la expropiación, normalmente, es un sujeto privado. En efecto, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ expresan que ese adjetivo “social” alude a una “*operación de conformación o transformación social*”, en la cual el beneficiario pudiera resultar, aunque de forma fortuita, un ente público, y por motivos distintos a los de su funcionamiento objetivo, ya que sus beneficiarios – normalmente – son sujetos privados que no son concesionarios de la Administración. En este sentido, citan como ejemplos a las expropiaciones para la construcción de viviendas de protección oficial, o para facilitar la instalación de industrias, o por incumplimiento de la función social de la propiedad (art. 71 LEF), entre

⁵⁹⁰ Véase a GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, 11ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 266.

⁵⁹¹ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 766.

otras⁵⁹².

Es oportuno destacar que la distinción de estos conceptos, como veremos más adelante al estudiar los sujetos de la expropiación, explica claramente la diferenciación entre la figura del expropiante y del beneficiario de la expropiación, pues, en el caso del interés social, lo común es que no coincidan ambos sujetos.

Los artículos 10 a 13 de la Ley de Expropiación Forzosa regulan la forma en que es realizada la calificación de utilidad pública o de interés social. Por regla general, esta declaración ha de ser efectuada mediante una Ley, estando impedida la Administración de determinar, ni por acto singular ni por reglamento, qué operación puede ser objeto del instituto expropiatorio. Requiere, pues, la potestad expropiatoria para su ejercicio, de una previa *“auctoritatis interpositio de la Ley, que selecciona, entre todos los posibles, los fines que han de ser considerados de utilidad pública o de interés social al objeto de poder movilizar en su favor el instrumento de la expropiación”*⁵⁹³.

Sin embargo, tal declaratoria admite excepciones, ya que también puede ser efectuada de manera implícita en los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio.

Así, conforme a esta normativa, la declaración puede efectuarse en la forma que sigue: *i)* Mediante Ley, bien de manera genérica para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones (que resulta ser la más usual), o bien de forma expresa y singular en cada caso; y *ii)* De forma implícita o sobreentendida, no siendo necesaria la promulgación de una Ley, ya que el acto de la Administración aprobando el plan o el proyecto de la obra o servicio, sustituye a la determinación legal de la *causa expropriandi*.

⁵⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...citada*, p. 236.

⁵⁹³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...citada*, p. 237.

Por otra parte, hay que señalar que en la calificación de utilidad pública o interés social, el legislador sectorial (estatal o autonómico) goza de un amplio margen de discrecionalidad, tal y como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia No. 166/1986, de 19 de diciembre⁵⁹⁴. De ahí que, según el artículo 149.1.18 del Texto Fundamental, el legislador estatal deba asegurar únicamente que toda la aplicación relativa a la expropiación forzosa se produzca de conformidad con su regulación general, sin adentrarse hasta la determinación de los supuestos de expropiación, ya que éstos corresponden al legislador que, conforme al bloque de la constitucionalidad, sea competente en razón de la materia determinante para la *causa expropriandi*⁵⁹⁵.

b) Situación en Venezuela.

Al igual que ocurre en el ordenamiento español, en Venezuela la calificación de utilidad pública o interés social también constituye la causa que legitima el ejercicio de la potestad expropiatoria; es lo que justifica la puesta en marcha de esta institución. Se trata, pues, de un elemento esencial de la expropiación, sin el cual tal potestad no puede ser ejercida.

El artículo 3 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, establece lo siguiente:

“Artículo 3.

Se considerarán como obras de utilidad pública, las

⁵⁹⁴ Cfr. LÓPEZ MENUDO, Francisco, CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio, *La expropiación forzosa*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 69.

⁵⁹⁵ Al respecto, véase a PAREJO ALFONSO, Luciano y ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, *Comentarios a la Ley de Suelo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 467.

que tengan por objeto directo proporcionar a la República en general, a uno o más estados o territorios, a uno o más municipios, cualesquiera usos o mejoras que procuren el beneficio común, bien sean ejecutadas por cuenta de la República, de los estados, del Distrito Capital, de los municipios, institutos autónomos, particulares o empresas debidamente autorizadas”.

Como se observa de esta norma, si bien el criterio empleado para efectuar la calificación es el de beneficio común, se trata, en definitiva, de un concepto jurídico indeterminado, de una noción contingente y circunstancial, mutable, ya que varía según la época, lugar y momento. Así ha sido precisado por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en la decisión del 15 de agosto de 1988, caso: *“María Teresa Ramos de Ache”*, en los términos que siguen:

“El concepto de utilidad pública por mutable es contingente y circunstancial, pues varía según la época, las circunstancias, el lugar y el ordenamiento jurídico vigente y existe no solo en los supuestos en que los bienes expropiados sean destinados a la utilidad directa de los particulares, sino también cuando fueren afectados al uso de los Órganos del Estado. Desde el punto de vista Constitucional, no hay distinción al respecto, ya que sólo se exige que la utilidad pública sea declarada por ley, la razón o causa de la expropiación, es la utilidad pública, y ésta es en extremo amplia y omnicomprensiva, es por ello, precisamente, que por virtud del régimen legislativo y creación jurisprudencial hubo de variarse la expresión “necesidad pública” a “utilidad social”, así como otros conceptos más amplios, como “interés general”: “la utilidad o interés social”: “el bien común”, entre otros.”⁵⁹⁶

⁵⁹⁶ La referencia de la sentencia es tomada de 20 Años de Jurisprudencia. Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en materia de expropiación: años 1977-1996, p. 6.

Esta declaratoria de utilidad pública o interés social es un requisito previo al procedimiento expropiatorio, que condiciona todo su desarrollo posterior⁵⁹⁷; ha de efectuarse por el legislador que corresponda según el nivel político territorial de que se trate: La Asamblea Nacional, en los casos en que la obra o parte de ella haya de efectuarse con fondos nacionales, o se le considere de utilidad nacional; los Consejos Legislativos, cuando se trate de los Estados; o los Concejos Municipales, cuando se refiera a los Municipios. Excepcionalmente, la calificación de utilidad pública podrá realizarla el Ejecutivo Nacional, cuando se trate de terrenos y construcciones que sean considerados esenciales para la seguridad y defensa de la Nación (art. 13 LEXP).

Dicha declaratoria, conforme el artículo 7 de la Ley de Expropiación, ha de estar contenida en la Ley; debe ser expresa, absteniéndose el legislador de emplear expresiones sinónimas (*p.e. “actividades de interés general”*), ya que sólo así permitirá acreditar su intención de habilitar el ejercicio de la potestad de expropiar⁵⁹⁸.

Sin embargo, el artículo 14 eiusdem exceptúa de tal calificación a los supuestos ahí señalados, considerándolos de una vez como de utilidad pública, que, por lo extenso, hace que resulte prácticamente innecesaria dicha declaratoria, *“convirtiendo la excepción en regla”*⁵⁹⁹.

Hay que destacar, que esta declaratoria no es suficiente por sí sola para la expropiación definitiva del bien afectado, en cuanto no establece alguna limitación sobre el derecho de propiedad, ya que simplemente habilita a la Administración para el ejercicio de la potestad expropiatoria que le

⁵⁹⁷ Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de fecha 15 de agosto de 1988, caso “*María Teresa Ramos de Ache*”, ya citada.

⁵⁹⁸ Cfr. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano...op.cit.*, p. 101.

⁵⁹⁹ Vid. LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 688.

confiere la Ley. Así lo ha declarado la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en decisión del 7 de julio de 1981, caso: *“Compañía Anónima Industrial Táchira e Industrial Torbes, C.A.”*, al expresar que:

*“La declaratoria legal de utilidad pública no faculta a la Administración para proceder conforme a su arbitrio. Los poderes que tal declaración le otorga son específicos y concretos”*⁶⁰⁰.

Así pues, para que puedan generarse consecuencias para el particular y proceder la expropiación, deberá la Administración iniciar el correspondiente procedimiento administrativo en cada caso concreto, dictando el respectivo Decreto de Expropiación, cuya causa única habrá de estar subsumida en esa declaratoria legal de utilidad pública o interés social.

Por otra parte, es necesario decir que la calificación de utilidad pública o interés social deviene del *“ejercicio de un poder discrecional”* que le es reconocido al legislador para concretar esas actividades necesarias para el desarrollo nacional, estatal o municipal. En consecuencia, no es dable debatir en el juicio expropiatorio la valoración efectuada por el órgano legislativo, tal y como lo ha declarado la antigua Corte Federal y de Casación, en la sentencia de fecha 8 de mayo de 1945, al sostener que:

“(…)”

No está, pues, en las atribuciones de esta Corte, según la actual Ley aplicable, decidir si fue o no acertado el criterio de la Asamblea Legislativa en cuanto a su

⁶⁰⁰ La referencia de la sentencia puede verse en RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)”, en *Revista de Derecho Público*, No. 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 140.

*concepto de Utilidad Pública, al dictar el Decreto objeto de esta controversia. Así se ha situado nuestro legislador dentro de la doctrina y jurisprudencia extranjera, al menos la francesa y la italiana, en las cuales está de muy largo tiempo establecido que sólo corresponde a la autoridad administrativa o ejecutiva apreciar en cada caso si hay o no ciertamente utilidad pública en la obra propuesta, no pudiendo este problema plantearse ante los jueces por no estar dentro de los límites de su función propia, y porque en esa materia sólo les incumbe examinar si se aplicaron los preceptos legales*⁶⁰¹.

Sin embargo, para la doctrina⁶⁰², tal discrecionalidad no escapa al control de la constitucionalidad de la respectiva Ley, pudiendo el Juez revisar no solo sus aspectos formales, sino también la razonabilidad de la calificación, que, en ningún caso, podrá ser arbitraria, ello como garantía de la efectiva tutela judicial consagrada en el artículo 26 de la Constitución. Así, el hecho que la jurisprudencia haya declarado que las defensas contra el acto legislativo que declara la utilidad pública o el interés social son ajenas al juicio expropiatorio, ello no obsta para que puedan proponerse en un proceso distinto a éste.

Al respecto, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en la ya aludida sentencia del 15 de agosto de 1988, expuso que:

“Siendo la declaratoria de Utilidad Pública la

⁶⁰¹ Consultada en BREWER-CARÍAS, Allan R. “Introducción general al régimen de la expropiación”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., LINARES BENZO, Gustavo, AGUERREVERE VALERO, Dolores y BALASSO TEJERA, Caterina, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social...ob. cit.*, pp. 32 y 33.

⁶⁰² Al respecto, véase a BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela*, Caracas, 2014, p. 117; asimismo, confróntese a: BREWER-CARÍAS, Allan R. “Introducción general al régimen de la expropiación”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., LINARES BENZO, Gustavo, AGUERREVERE VALERO, Dolores y BALASSO TEJERA, Caterina, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social...ob. cit.*, p. 33; igualmente, véase a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano...op.cit.*, p. 105.

manifestación de una actuación del órgano legislativo y el decreto de afectación, el acto administrativo que individualiza el bien objeto de la expropiación, si el particular considera que existen razones para cuestionar tal declaratoria, no es el procedimiento expropiatorio donde puede ser denunciado”.

No obstante lo expuesto, debe expresarse que conforme a lo establecido en el artículo 334 del Texto Fundamental⁶⁰³, mediante el mecanismo de control difuso de la constitucionalidad, dicho acto puede ser controlado por el Juez de la Expropiación, quién puede declarar la desaplicación de la declaratoria de utilidad pública o de interés social y, consecuentemente, decidir la improcedencia de la expropiación⁶⁰⁴.

B. Los sujetos de la expropiación.

a) Situación en España.

⁶⁰³ El artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé lo siguiente:

“Artículo 334.

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.”

⁶⁰⁴ Vid. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela*, Caracas, 2014, pp. 118 y 119; en sentido similar, obsérvese a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano...op.cit.*, p. 106.

Partiendo de la norma que regula con carácter general el instituto expropiatorio, esto es, la Ley de Expropiación Forzosa, así como de su Reglamento, se distinguen claramente tres posibles sujetos en la expropiación, a saber: expropiante, beneficiario y expropiado.

i) *El expropiante.*

El sujeto expropiante en el instituto expropiatorio “*es el titular activo de la potestad expropiatoria*”⁶⁰⁵. Según el artículo 2.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, en concordancia con el artículo 3.2 de su Reglamento, los únicos titulares de la potestad de expropiar son El Estado, la Provincia y el Municipio. Debe añadirse aquí a las Comunidades Autónomas, toda vez que, para la fecha de publicación de la Ley (1954), no figuraban en el ámbito de la organización administrativa pública, pues, ello ocurre a partir de la promulgación de la Constitución de 1978.

Así, en el Derecho positivo español la titularidad de la potestad expropiatoria, en términos exclusivos, corresponde a la Administración Pública en sus diversas esferas territoriales⁶⁰⁶.

La justificación de ello obedece, como explica GARCÍA DE ENTERRÍA, al hecho de que sólo las entidades territoriales “*representan los fines generales y abstractos de la Administración que entran inevitablemente en juego en el ejercicio de la potestad de expropiar*”⁶⁰⁷. Por tanto, debe

⁶⁰⁵ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Vol. II...citado*, p. 224.

⁶⁰⁶ Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II...obra citada*, p. 261.

⁶⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...ob.cit.*, p. 54.

entenderse que de manera implícita dicha potestad ha sido negada a las demás entidades administrativas no territoriales, institucionales o corporativas, que, por su carácter organizativo puramente instrumental, sólo tienen competencias específicas en los sectores o materias sobre los que recae su actividad⁶⁰⁸. De este modo, cuando el cumplimiento de sus fines demande la apropiación singular de algún bien o derecho, necesariamente, deberán solicitar a la Administración territorial de la que dependan o se encuentren adscritos, el ejercicio de su potestad expropiatoria⁶⁰⁹.

Precisado lo anterior, debemos expresar que la competencia para efectuar la expropiación, en el caso de aquéllas ejercitadas por el Estado, se encuentra atribuida – en la actualidad – a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas (art. 23.7 LOFAGE), ya que, inicialmente, el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa atribuía dicha potestad a los antiguos Gobernadores Civiles. Cuando se trata de Comunidades Autónomas, la determinación del órgano competente para llevar a cabo la expropiación, será establecida en las correspondientes normas, que han de tener carácter orgánico, aunque esta facultad suele incumbir al titular de cada uno de los Departamentos o las Consejerías en que se articule el Gobierno de dichas Comunidades. Finalmente, en lo que respecta a las Entidades Locales, la potestad de expropiar se encuentra atribuida al Alcalde y al Presidente de la Diputación Provincial o Cabildo o Consejo Insular (artículo 3.4 REF); regla ésta que puede ser alterada por la legislación de régimen local, como también, por la sectorial reguladora de la

⁶⁰⁸ Véase a MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. El Derecho Administrativo y sus fuentes. La organización administrativa y sus medios*, 5ª edición, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, p. 747.

⁶⁰⁹ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 393.

materia que motiva la expropiación en concreto⁶¹⁰.

Si bien la expropiación consiste en una potestad de naturaleza típicamente administrativa, hay que recordar, como ya estudiamos, que excepcionalmente el legislador puede acordar directamente la expropiación (expropiaciones legislativas). En efecto, además de la calificación por Ley de la *causa expropriandi*, que siempre le corresponde, puede el legislador determinar el objeto mismo de la expropiación, produciendo en consecuencia, por propia decisión, el efecto ablatorio o de privación de bienes o derechos patrimoniales de carácter privado. Incluso, puede establecer reglas especiales para la expropiación que se trate (de procedimiento, de valoración para el cálculo del justiprecio o indemnización, entre otras), distintas a las que le son atribuidas a la Administración de manera ordinaria⁶¹¹.

Los ejemplos más importantes de expropiaciones legislativas en el ordenamiento español, como ya se indicó en capítulo anterior, son los que corresponden a la expropiación de empresas ferroviarias que propició la creación de RENFE en el año 1941; la expropiación de acciones de particulares en el Banco de España en 1962; la relativa al Metro de Madrid de 1979; las del Grupo RUMASA por Real Decreto-ley de 23 de febrero de 1983; y las llevadas a cabo por la Ley de Costas de 1988. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en las sentencias números 111/1983; 166/1986; 67/1988; 6/1991; y 149/1991, ha admitido la pertinencia y constitucionalidad de este tipo de expropiaciones, al considerar la ausencia en la Constitución de una reserva exclusiva de la potestad expropiatoria a favor de la Administración Pública, exigiendo para ello el cumplimiento de los requisitos siguientes: i) Que debe tratarse de una ley expropiatoria singular y, por tanto,

⁶¹⁰ Al respecto, véase a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...citada*, p. 758.

⁶¹¹ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II, 2ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 427 y 428.

se ha de circunscribir a casos excepcionales que, por su extraordinaria complejidad y trascendencia, no pueden resolverse por los medios ordinarios que tiene a disposición la Administración; ii) Que en todo caso sean respetadas las garantías del artículo 33.3 del Texto Fundamental; y iii) En caso de que la ley singular introduzca modificaciones al régimen expropiatorio ordinario, éstas deberán ser razonables y proporcionadas, atendiendo a las particularidades del caso y los fines de interés público que se pretenden satisfacer⁶¹².

ii) El beneficiario.

De conformidad con lo previsto en el artículo 3.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, el beneficiario de la expropiación *“es el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y que adquiere el bien o derecho expropiados”*.

GARCÍA DE ENTERRÍA lo define como *“el adquirente inmediato en la transmisión forzosa que se efectúa, o el que de otro modo se beneficia directamente (mediante un *lucrum emergens* o un *damnum cesans*) del contenido del acto expropiatorio cuando éste no se concreta en una transmisión pura y simple”*⁶¹³.

Por su parte, PAREJO ALFONSO, en posición similar, considera como beneficiario a *“la persona que representa la utilidad pública o interés social que justifica la expropiación y que, por ello, o bien adquiere la propiedad del*

⁶¹² Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General...obra citada*, pp. 708 y 709.

⁶¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...ob.cit.*, p. 55.

objeto expropiado (o un derecho real limitado sobre el mismo), o bien obtiene un beneficio neto derivado de la operación expropiatoria (un lucro o enriquecimiento, o, por el contrario, la eliminación de una situación desventajosa para él, damnum cessans)”⁶¹⁴.

En resumen, los beneficiarios de la expropiación son *“los destinatarios de los bienes o derechos expropiados o los favorecidos por los ceses de actividad”⁶¹⁵.*

Hay que destacar que, comúnmente, la condición de expropiante suele coincidir con la de beneficiario; sin embargo, también puede ocurrir que resulte como tal un sujeto distinto a la Administración Pública, en cuyo caso, la figura del beneficiario cobra efectiva significación.

Así, el artículo 2, apartados 2 y 3, de la Ley de Expropiación Forzosa, efectúa la distinción entre expropiaciones por causa de utilidad pública y las que se encuentran fundadas en el interés social, determinando en uno u otro caso el sujeto que ha de ser considerado como beneficiario de la expropiación. En tal sentido, si la razón es la utilidad pública, únicamente podrán ser beneficiarios *“las entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esa condición”* (art. 2.2 LEF); en cambio, si la causa es por interés social, pueden resultar como sujetos beneficiarios de la expropiación, *“aparte de las indicadas, cualquier persona natural o jurídica en la que concurren los requisitos señalados por la ley especial necesaria a estos efectos”* (art. 2.3 LEF).

Al respecto, PERA VERDAGUER considera *“totalmente desafortunada”* la distinción efectuada en el citado artículo 2 de la Ley, ya que estima, por una parte, que cualquier persona natural o jurídica, si reúne

⁶¹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...citada*, p. 759.

⁶¹⁵ PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte general*, 15ª edición, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, p. 583.

las demás exigencias de la Ley, puede ser beneficiario en una expropiación, bien si la causa es de utilidad pública, como si lo es de interés social, toda vez que la expropiación por causa de utilidad pública no puede ser admitida solamente a favor de “entidades y concesionarios”; asimismo, señala por otra parte, que las entidades y concesionarios son también personas naturales y jurídicas, estando en consecuencia incluidos dentro de ese grupo. De ahí que, en su opinión, la norma debió remitirse, en ambos supuestos, a *“cualesquiera personas naturales o jurídicas”*⁶¹⁶.

Por el contrario, para GARCÍA DE ENTERRÍA tal distinción es acertada, toda vez que se desglosa la figura del expropiante de la del beneficiario (con anterioridad a la promulgación de la Ley eran habitualmente confundidas), lo cual permite precisar, en el sujeto expropiante, la responsabilidad de ser el titular del procedimiento de expropiación; igualmente, posibilita que – desde el inicio – aquél en interés del cual se expropia, tenga una participación activa en el mismo y se puedan producir, de forma inmediata y directa, las consecuencias principales de la expropiación en su propia esfera jurídica⁶¹⁷.

No obstante, se trate de uno u otro supuesto, la condición de beneficiario sólo puede ser atribuida por Ley, bien de manera genérica o bien específica; reconocimiento legal éste que permite al beneficiario adquirir los bienes o derechos objeto de la expropiación⁶¹⁸. De igual forma, es necesario decir que lo que caracteriza al beneficiario, es que dicho sujeto *“es quien abona el justiprecio”*⁶¹⁹. Además de ello, y conforme pauta el artículo 5 del

⁶¹⁶ PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...op. cit.*, p. 50.

⁶¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...ob.cit.*, p. 56.

⁶¹⁸ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración...obra citada*, p. 394.

⁶¹⁹ Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto y RUBIO ESCOBAR, Pedro, “La expropiación forzosa como potestad de la Administración y como posible derecho del expropiado”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 64.

Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, el beneficiario tiene asignadas las facultades y obligaciones que seguidamente se señalan:

- 1) Es la parte en el procedimiento a la que corresponde el impulso de éste, así como informar las incidencias y pronunciamientos que estime necesarios.
- 2) Debe formular una concreta e individualizada relación de los bienes y derechos que aprecie necesarios expropiar, en la que sean abarcados todos los aspectos, tanto materiales como jurídicos, así como la especificación de sus titulares (art. 17 LEF).
- 3) Puede convenir libremente con el expropiado la adquisición amistosa a que se contrae el artículo 24 de la Ley.
- 4) Debe actuar en la pieza separada de justiprecio, presentando su respectiva hoja de aprecio, así como rechazar o aceptar la valoración que hubiere propuesto el expropiado.
- 5) Pagar las indemnizaciones de demora que resulten procedentes por retrasos que le sean imputables.
- 6) Asumir las obligaciones y derechos derivados en caso de reversión.

iii) El expropiado.

Conforme establece el artículo 3.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, el expropiado es el *“propietario o titular de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, o titular del derecho objeto de la expropiación”*.

En este sentido, y salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará como tal a aquella persona que con el carácter de propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación, conste en Registros Públicos que produzcan esa presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente; en su defecto, a quienes aparezcan con tal carácter en Registros Fiscales, o quienes, finalmente, lo sean de manera pública y notoria (art. 3.2 LEF). Además de éstos, siempre y cuando lo soliciten y acrediten su condición debidamente, también adquieren la condición de sujetos expropiados los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, así como los arrendatarios cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos (art. 4 LEF). De igual forma, serán parte en el expediente quienes presenten títulos contradictorios sobre el objeto que se trata de expropiar (art. 5.2 LEF).

Esta amplitud con relación al reconocimiento del *status* de expropiado permite distinguir, en primer lugar, unos denominados “*titulares principales*”, en cuya categoría habrá de reconocerse al propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación; en los demás casos, estaremos en presencia de una “*titularidad secundaria*”⁶²⁰.

Bien se trate de una u otra titularidad, o bien de la concurrencia de algunas de ellas, el expropiado es el sujeto pasivo de las actuaciones expropiatorias, con el cual han de entenderse y practicarse todo lo relativo al procedimiento o expediente de expropiación⁶²¹.

Debemos recordar, en este sentido, que la potestad expropiatoria tiene un alcance general; por consiguiente, la figura del sujeto expropiado carece de límites subjetivos, y en consecuencia, sobre cualquier persona - pública o privada - puede recaer esta condición. Hay que mencionar, además, que es

⁶²⁰ Sobre el particular, véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II...citado, pp. 228 y 229.

⁶²¹ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...obra citada*, p. 827.

posible la expropiación sobre bienes de misiones diplomáticas y consulares de Estados extranjeros, o confesiones religiosas, en cuyos supuestos se exige el cumplimiento de unos requisitos formales adicionales, como por ejemplo, los que prevé el Derecho internacional o aquéllos establecidos en los respectivos Acuerdos con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, o los que resulten aplicables según la correspondiente legislación⁶²².

Es importante destacar, que el carácter de expropiado no es una condición personal, sino una cualidad real u *ob rem*, es decir, que emana de su relación con los bienes o derechos objeto de la expropiación, indistintamente de quién sea su titular; por ello, y según pauta el artículo 7 de la Ley de Expropiación Forzosa, la transmisión de dominio implica la subrogación del nuevo titular en el lugar del anterior y no impide la continuidad del expediente expropiatorio⁶²³.

En el aspecto material, por su parte, la condición de expropiado es reconocida a todos los titulares de derechos o intereses (cualesquiera que ellos sean) sobre el bien objeto de expropiación; en consecuencia, deben ser todos indemnizados por el valor equivalente al de su respectiva titularidad. Sin embargo, esta indemnización no es independiente, sino unitaria; de este modo, si la expropiación supone la privación completa de la propiedad, el justiprecio debe ser repartido entre todos los titulares de derechos, en proporción a su respectivo valor. Debe precisarse que esta distribución no es llevada a cabo por la Administración expropiante, sino que debe ser propuesta y acordada por todos los titulares; en caso de haber desacuerdo, la Administración procederá a consignar el justiprecio en la “*Caja General de Depósitos*” hasta que se resuelvan las discrepancias entre aquéllos (art. 8 REF). En caso de arrendatarios de inmuebles rústicos o urbanos, la

⁶²² Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...citada*, p. 760.

⁶²³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...ob.cit.*, p. 57.

indemnización será fijada de manera independiente⁶²⁴.

En caso de no poderse identificar, bien sea a través de los registros o por algún otro procedimiento, a los propietarios o titulares de los derechos, o éstos no se presentarán en el expediente, o estuviesen incapacitados o sin tutor o persona alguna que los represente, o estuviere en litigio la propiedad, las diligencias habrán de entenderse con el Ministerio Fiscal, tal y como establece el artículo 5.1 de la Ley.

Por último, hay que señalar que el objeto expropiado es adquirido “libre de cargas”; sin embargo, si existiere algún derecho que coincida con el fin al que ese bien haya de quedar afectado, tal derecho puede mantenerse, previo acuerdo entre el expropiante y el titular de dicho derecho (art. 8 LEF).

b) Situación en Venezuela.

El artículo 6 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, establece los sujetos que conforman la relación expropiatoria en el ordenamiento jurídico venezolano, distinguiéndolos entre legitimados activos y legitimados pasivos. Efectivamente, dicho precepto prevé que:

“Artículo 6.

Se consideran legitimados activos en el proceso expropiatorio los entes señalados en el artículo 3 de esta Ley, encargados de la ejecución del decreto expropiatorio y legitimados pasivos, todas aquellas personas naturales o jurídicas propietarias de los bienes sobre los cuales recaiga el decreto de

⁶²⁴ Al respecto, véase a SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 431.

afectación.”

i) La legitimación activa.

Según la disposición transcrita, son considerados legitimados activos en la relación expropiatoria los sujetos señalados en el artículo 3 eiusdem, esto es, la República, los Estados, el Distrito Capital, los Municipios, los Institutos Autónomos, y los particulares o las empresas debidamente autorizadas; sujetos que, en general, “*quedan comprendidos en la expresión <<Estado>>*”⁶²⁵ a la cual refiere el artículo 2 de la misma Ley.

Estos legitimados activos se identifican con el sujeto expropiante, es decir, con el titular de la potestad expropiatoria; aquél que promueve la expropiación y quien paga la indemnización respectiva.

Así pues, la legitimación activa corresponde, en principio, al Estado en su “*manifestación político-territorial*”: República, Estados y Municipios; o también, en su “*esfera funcional no territorial*”: establecimientos públicos, dentro de los cuales se encuentran los Institutos Autónomos. En otras palabras, las personas jurídicas estatales de Derecho Público⁶²⁶.

Como también estatuye la norma, la expropiación puede ser llevada a cabo por los concesionarios o contratantes de alguna actividad estatal, ampliando así el campo de los sujetos que pueden ejercitar la potestad expropiatoria. En efecto, el artículo 12 *ibídem*, consagra que:

⁶²⁵ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 457.

⁶²⁶ Sobre las personas jurídicas de Derecho Público, véase a PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo, Vol. II*, segunda reimpresión, Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 27 y ss.

“Artículo 12.

Los concesionarios o contratantes de obras públicas, así como las compañías o empresas debidamente autorizadas por la Administración Pública, se subrogarán en todas las obligaciones y derechos que correspondan a ésta por la presente Ley.”

Un ejemplo de esta transferencia o delegación a los particulares o concesionarios de potestades expropiatorias en el ordenamiento jurídico venezolano, lo constituye el artículo 59 del Decreto No. 318, con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, de fecha 17 de septiembre de 1999, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 5394 Extraordinario, del 25 de octubre de 1999, que establece textualmente lo siguiente:

“Artículo 59.

El ente concedente tendrá a su cargo la obligación de adquirir los terrenos y demás bienes necesarios para la ejecución o gestión de la obra o del servicio público otorgado en la concesión mediante el procedimiento expropiatorio, a cuyo efecto podrá acudir de ser necesario a las medidas de ocupación previa o de urgencia previstas en la legislación que rige la materia. El pliego de condiciones de toda licitación establecerá la forma y los plazos conforme a los cuales el ente concedente ejercerá esta facultad.

No obstante, también los concesionarios podrán tratar directamente con los particulares, y negociar con éstos la adquisición de los terrenos y demás bienes necesarios para la ejecución del contrato, en conformidad con la normativa aplicable, reconociéndosele como precio al valor máximo que se hubiere estipulado en el pliego de condiciones o en el contrato.”

Hay que destacar, además, que el hecho de que la Ley permita la participación de estos concesionarios para que ejerzan la potestad expropiatoria, no impide que el Estado pueda asumir dicha potestad cuando así lo estime necesario. En efecto, en sentencia del 16 de noviembre de 1943, la Corte Federal y de Casación sostuvo lo siguiente:

“(…)

*La subrogación en materia expropiatoria nunca opera en un sentido excluyente y, por ende, el Estado conservará siempre su derecho. De tal manera que puede, cuando las circunstancias lo ameriten, ejercer las acciones expropiatorias que sean procedentes, aún en aquellos casos en los cuales se haya operado la subrogación a favor de entes descentralizados o de empresas del Estado...”*⁶²⁷

Esta legitimación activa permitida por la Ley respecto de los concesionarios, no debe ser confundida con la del Beneficiario de la Expropiación prevista en el ordenamiento español. En efecto, en Venezuela – a diferencia de España – la legislación no prevé tal figura, contemplando solamente como sujetos de la operación expropiatoria al expropiante y al expropiado. En este sentido, BREWER considera que la legitimación activa que permite la Ley con relación a los concesionarios es una situación “*totalmente irregular*”, ya que origina situaciones de desigualdad y de posible lesión a los derechos e intereses de otros particulares expropiados, debiendo eliminarse esta posibilidad de la legislación y reservarse el ejercicio de la potestad expropiatoria a las personas jurídicas estatales⁶²⁸.

⁶²⁷ La referencia es tomada de BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...citada*, p. 120.

⁶²⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R. “Introducción general al régimen de la expropiación”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., LINARES BENZO, Gustavo, AGUERREVERE VALERO, Dolores y BALASSO TEJERA, Caterina, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública*

ii) La legitimación pasiva.

Tal y como establece el artículo 6 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, ya transcrito, la legitimación pasiva en la expropiación recae sobre *“todas aquellas personas naturales o jurídicas propietarias de los bienes sobre las cuales recaiga el decreto de afectación”*. Es decir, que el legitimado pasivo es el sujeto que soporta el ejercicio de la potestad expropiatoria; *“el titular del derecho de propiedad incidido directamente por los efectos del Decreto de Expropiación”*⁶²⁹.

Dicho sujeto, en este sentido, es quien se encuentra facultado para ejercer las correspondientes acciones posesorias o petitorias en el procedimiento expropiatorio (art. 8 LEXP).

Al igual que en la legislación española, en Venezuela se contempla que en caso de transferencia del dominio de la propiedad durante la expropiación, se produce como consecuencia que el nuevo propietario se subrogue en los derechos y obligaciones del anterior propietario, lo cual no suspende el curso del juicio expropiatorio (art. 10 LEXP).

Con relación a la cualidad de legitimado pasivo o de expropiado, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencias del 09 de mayo de 1993, caso *“Santaeca, C.A.”*, y del 18 de noviembre de 1993, caso *“Municipio Autónomo Bolívar”*; sostuvo que tal condición *“se corresponde con aquél que de una manera fehaciente pruebe su condición de propietario del bien que se pretende expropiar”*⁶³⁰. Esta prueba fehaciente, no es otra que aquélla de la cual derive de manera

o Social...ob. cit., pp. 23 y 24; igualmente, en BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 459.

⁶²⁹ Cfr. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...citada*, p. 122.

⁶³⁰ La referencia es tomada de BADELL MADRID, Rafael, *Ibidem*, p. 123.

precisa, irrefutable, contundente, inmediata, el derecho de quien dice ser propietario, y que no puede ser otra que *“el documento de propiedad de la cosa que se expropia, capaz de producir en el ánimo del sentenciador la convicción de certeza del derecho aducido”*⁶³¹.

En este sentido, hay que destacar que el juicio de expropiación es un proceso especial y limitado en cuanto a su alcance, que sólo tiene por finalidad determinar la procedencia o legalidad del decreto expropiatorio. El Juez, así, se encuentra impedido de emitir algún pronunciamiento sobre titularidades controvertidas – si las hubiere –sobre el bien objeto de la expropiación. En efecto, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de octubre de 1990, caso *“Aeropuerto de Caujarito”*, sostuvo que:

“(…)

*Esta circunstancia tiene pleno sentido en el ámbito de los mecanismos propios del juicio expropiatorio, dado que no forma parte de su objeto dilucidar la problemática relativa a la titularidad de los derechos sobre el bien expropiado, el debate sobre este punto corresponde a otro tipo de juicios, en los que, en principio, no tendría que ser parte el ente expropiante...”*⁶³²

Dicho criterio fue reiterado por la misma Sala de la mencionada Corte en la sentencia del 15 de noviembre de 1990, caso *C.A. Metro de Caracas*, al afirmar que el Juez de la expropiación no está facultado para determinar el carácter de propietario de los intervinientes en el procedimiento, existiendo

⁶³¹ Al respecto, véase la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de noviembre de 2000, caso *Inversiones RIBEFA, S.R.L.*

⁶³² La referencia de jurisprudencia es consultada en *20 años de jurisprudencia. Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en materia de expropiación. Años 1977 – 1996*, FUNEDA, Caracas, 1998, pp. 110 y 111.

para ello acciones y procedimientos ordinarios. Así pues, al Juez de la expropiación *“sólo le corresponde calificar a quién o quiénes se ha de tener como legitimado pasivo en la controversia, una vez analizada la documentación existente en el juicio”*⁶³³.

Como también sucede en España, el ordenamiento venezolano reconoce como sujeto pasivo a cualquier persona jurídica, bien de carácter privado o público, al no existir alguna disposición constitucional o legal que formule excepciones en ello. No obstante, no procederá la expropiación en el caso de bienes pertenecientes a la República, los Estados, el Distrito Capital o los Municipios que, según las respectivas legislaciones (nacionales, estatales o municipales), no puedan ser enajenados (art. 9 LEXP). En todo caso, hay que expresar que tal excepción procede siempre que concurren ambos supuestos.

Es necesario precisar, también, que el hecho de identificarse al sujeto pasivo con el propietario o titular del derecho real afectado con el decreto de expropiación, no implica que los poseedores, arrendatarios o acreedores hipotecarios se encuentren excluidos del juicio de expropiación. Éstos tienen derecho a participar en el mismo, solicitando su correspondiente indemnización, haciéndose parte como terceros, toda vez que ostentan una especial condición jurídica frente a los efectos que produce el Decreto Expropiatorio, que no puede quedar desprotegida por la transferencia coactiva de la propiedad del bien (arts. 24 y 26 LEXP).

Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 31 de la Ley, que consagra el derecho del poseedor de solicitar, del precio del bien expropiado, que le sea indemnizada la cuota parte que le corresponda por el valor de sus mejoras, así como también, por los perjuicios que le sean ocasionados.

⁶³³ Sobre el particular, véase a BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...citada*, p. 126.

En este sentido, pueden concurrir al juicio expropiatorio en condición de partes, además del sujeto expropiante y el sujeto expropiado, aquellos terceros que pretendan derechos reales sobre el bien a expropiar. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de noviembre de 1989, al expresar que “otros comparecientes tendrán, ciertamente, la condición de parte en el proceso judicial, más no la legitimación pasiva necesaria para que ellos cumplan y con ellos se cumplan las demás etapas del procedimiento expropiatorio”⁶³⁴.

Sin embargo, estos terceros deberán demostrar con pruebas fehacientes los derechos que pretendan, ya que de lo contrario no se admitirá su participación en el respectivo juicio.

C. El objeto de la expropiación.

a) Situación en España.

La Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, reconoce una amplitud máxima a la expropiación, ya que en su formulación abarca *“cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”* (art. 1.1); en otras palabras, el objeto expropiatorio

⁶³⁴ Cfr. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...citada*, p.129.

se halla comprendido por todos los bienes y derechos de naturaleza patrimonial (reales o de crédito), sean de Derecho Privado o de Derecho Público, lo cual excluye, por interpretación en contrario, a los derechos de naturaleza no patrimonial, es decir, los de orden estrictamente personal: derechos de la personalidad y los de carácter familiar⁶³⁵, toda vez que son bienes *extra commercium*⁶³⁶. De igual manera, hay que destacar que la afectación del derecho no requiere ser plena; basta que la expropiación implique la privación de una parte del haz de facultades o utilidades que constituyen la plena titularidad sobre el bien o derecho (censo, arrendamiento, ocupación temporal o cesación en su ejercicio), es decir, cualquier menoscabo que resulte a consecuencia de tal privación coactiva⁶³⁷.

En todo caso, hay que precisar que el objeto de la expropiación sólo puede recaer sobre derechos ciertos, efectivos y actuales, es decir, que se trate de derechos ya consolidados, y no de meras expectativas o previsiones de futuro. Sólo así operará la garantía consagrada en el artículo 33.3 de la Constitución, cual es, la justa indemnización⁶³⁸.

Por otra parte, el precepto legal (art. 1.1 LEF) hace referencia a la “*propiedad privada*”, lo cual, como expresa GARRIDO FALLA⁶³⁹, plantea la interrogante respecto de saber si los bienes de dominio público pueden ser objeto de expropiación. En este sentido, es necesario expresar que, conforme se encuentra consagrado en el artículo 132.1 de la Constitución, una de las particularidades principales de los bienes demaniales es su inalienabilidad. Esta característica, tal y como afirma GARCÍA DE

⁶³⁵ Véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II...obra citada, p. 231.

⁶³⁶ Cfr. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte general*, 15ª edición, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, p. 581.

⁶³⁷ *Ídem*.

⁶³⁸ Vid. STC 108/1986, de 29 de julio, F.J. No. 20.

⁶³⁹ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II...obra citada, p. 264.

ENTERRÍA⁶⁴⁰, obedece al nexo permanente que existe entre dicho bien y el destino público al que ha de servir, y no al hecho de que el bien no sea objetivamente capaz de ser enajenado; de ahí que, sólo cuando por un acto formal de desafectación sea roto dicho vínculo, por ende se convierta en simple cosa privada, es que podrá enajenarse el bien. Así pues, en caso que sea requerido el bien de dominio público para un fin distinto del que se encuentre afectado, no es el instituto expropiatorio la figura jurídica pertinente para ello; tal cambio de titularidad procederá mediante la denominada “*mutación demanial*”.

Ha de tenerse en cuenta, entonces, que el objeto expropiado ha de ser, en cualquier caso, un bien o derecho de propiedad privada, dentro de cuya categoría están incluidos los bienes privados de los Entes Públicos; por ende, frente a estos supuestos sí procederá la figura expropiatoria⁶⁴¹.

También incluye la norma lo referente a los *intereses patrimoniales legítimos*, los cuales, por interpretación en contrario, no comprenden simples intereses. En efecto, el supuesto que prevé la Ley se circunscribe únicamente a los que resulten calificados, es decir, aquellos cuyo sacrificio amerite – inexcusablemente - una indemnización⁶⁴².

Hay que precisar aquí, que el significado de tales intereses no es el mismo de los llamados intereses legítimos como figura subjetiva abstracta y de la justicia administrativa. Ciertamente, la Ley de Expropiación Forzosa prevé la procedencia de la indemnización expropiatoria para cubrir la totalidad de los perjuicios que, directa o indirectamente, sean provocados por el hecho expropiatorio, aunque no se traten de derechos subjetivos perfectos, como lo son, a modo de ejemplo, aquellos que resulten a

⁶⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...ob.cit.*, pp. 62 y 63.

⁶⁴¹ Véase a PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte general...ob.cit.*, p. 582.

⁶⁴² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...citada*, p. 61.

consecuencia de *“cambios forzosos de residencia, gastos de viaje, transporte, jornales perdidos, reducción del patrimonio familiar y quebrantos por la interrupción de actividades profesionales”* (art. 89 LEF). También, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ampliado esta noción, incluyendo el derecho de los precaristas a ser considerados como interesados en el expediente expropiatorio, por ende, ser indemnizados; de igual modo, se abarca en este concepto lo referente a la cesación de una actividad, ya que la expropiación no sólo comprende la materialidad del bien, sino la actividad que en el mismo se realiza⁶⁴³.

b) Situación en Venezuela.

Al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico español, en Venezuela, tanto la Constitución (art. 115) como la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (art. 7), consideran como objeto expropiatorio cualquier clase de bienes o derechos susceptibles de propiedad privada. Por tanto, puede ser objeto de expropiación toda *“cosa corporal o incorporeal, mueble o inmueble, tangible o intangible”*⁶⁴⁴, como sería, por ejemplo, el supuesto contemplado en el artículo 60 de la Ley sobre la posibilidad de expropiación de *“bienes con valor artístico, histórico, arquitectónico o arqueológico”*; también, lo previsto en el artículo 23 de la Ley de sobre Derechos de Autor, que consagra la expropiación de este tipo de derechos.

Hay que destacar que la Ley, al precisar su objeto, así como al definir la expropiación, hace referencia a los *“derechos y bienes pertenecientes a*

⁶⁴³ Al respecto, véase a PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte general...ob.cit.*, p. 581.

⁶⁴⁴ Vid. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...citada*, p. 130.

los particulares”, lo cual, pudiera conducir a interpretar que no es posible en el derecho venezolano la expropiación de bienes patrimoniales propiedad del Estado. Al respecto, hay que señalar que el artículo 9 de la Ley excluye la posibilidad de expropiación de bienes pertenecientes a la República, los Estados y los Municipios, que conforme sus respectivas leyes no puedan ser enajenados. Es decir, que los bienes de dominio público no pueden ser expropiados, ya que son – por esencia – inalienables, al igual que no pueden ser expropiados otros bienes de los entes estatales que, sin ser del dominio público, sean también inalienables (tierras baldías y ejidos), tal y como establecen los artículos 13 y 181 del Texto Constitucional⁶⁴⁵.

No obstante, por interpretación contrapuesta del mencionado artículo 9, los restantes bienes del Estado regidos por el derecho común, y que por tanto no sean inalienables, sí podrán ser susceptibles del instituto expropiatorio, tal y como precisó la antigua Corte Federal y de Casación, en sentencia del 31 de mayo de 1955, en los términos siguientes:

“...Tanto la doctrina universal como el derecho legislado, aceptan y autorizan que los entes públicos expropian todos aquellos bienes indispensables para determinada finalidad que cede en beneficio común. “Todos los bienes inmuebles existentes en el país pueden ser objeto de expropiación por causa de utilidad pública, sea que pertenezcan al mismo Estado (bienes patrimoniales). Someter a expropiación estos últimos bienes, encontró cierta objeción en algún viejo escritor, para quien parecía absurda la idea de dirigir contra el Estado un poder que es la expresión de su mismo derecho de soberanía; pero de este perjuicio se ha apartado la doctrina moderna. El Estado, como titular del derecho de propiedad, se comporta como cualquier sujeto de derecho privado y no puede sustraerse, por consiguiente, al imperio de las normas que limitan el ejercicio de aquel derecho por lo que

⁶⁴⁵ Véase al respecto a BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo...obra citada*, pp. 461 y 462.

respecta a sus bienes patrimoniales. En un ordenamiento jurídico que permite también la reintegración del derecho lesionado frente a la Administración Pública y que, por tanto, somete la misma Administración a los poderes jurisdiccionales, ordinarios, no puede haber repugnancia en considerar a la Administración del Estado como sujeto pasivo del procedimiento de expropiación” (Pascuale Carugno, L’Espropriazione per Publica Utilità, 2º edición, 1946, páginas 38 y 39).

En Venezuela carece de sentido la impugnación de que se trata, es decir, la llamada “autoexpropiación” por el Doctor Adrián La Rosa, en atención a los derechos que sobre la zona cuestionada ha adquirido ya la Nación venezolana por la donación que se le ha hecho. En la propia Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social encuentra el argumento la merecida réplica: el Parágrafo Único del artículo 5º de esa Ley estatuye: En ningún caso procede la expropiación sobre bienes pertenecientes a la Nación, a los Estados o a los Municipios, que según sus respectivas leyes nacionales, de los Estados o Municipios, no pueden ser enajenados. Por donde se ve que los bienes pertenecientes a la Nación y demás entes públicos, que sí pueden ser enajenados, como son los bienes patrimoniales, regidos por el derecho común, están sujetos al procedimiento de la expropiación pautado en la Ley especial de la materia”⁶⁴⁶.

Por otra parte, si bien la expropiación debe abarcar – en principio – los bienes o derechos que resulten indispensables para la materialización del fin de utilidad pública o interés social cuya satisfacción se persigue, el artículo 15 de la Ley autoriza a la autoridad a cuya jurisdicción corresponda la obra respectiva, para que expropie una faja circundante de hasta 60 metros de fondo, a fin de la apertura o ensanche de calles, avenidas, plazas o jardines, la cual ha de estar limitada por una línea paralela a la del contorno de

⁶⁴⁶ Consultada en BREWER-CARÍAS, Allan R. “Introducción general al régimen de la expropiación”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., LINARES BENZO, Gustavo, AGUERREVERE VALERO, Dolores y BALASSO TEJERA, Caterina, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social...ob. cit.*, pp.27 y 28.

aquéllas, para que sea destinada a formar la base económica u ornamental de la obra mediante su enajenación a particulares, para la construcción de edificios cuyo estilo, ubicación y altura, deberán estar en armonía con la avenida o el sitio público de que se trate, de conformidad con lo que dispongan las ordenanzas sobre la materia.

Según el artículo 16 *eiusdem*, esta enajenación debe ser efectuada a través de remate sobre la base del precio mínimo que al efecto sea establecido. Es de destacar, que en estos casos el expropiado tiene el derecho de preferencia para adquirir el bien por ese precio base, en cuyo caso, el bien no será susceptible de subasta. En los restantes casos, de existir igualdad de circunstancias, se preferirán a quienes ofrezcan el pago de la mayor parte del precio en bonos de la Deuda Pública Nacional.

De igual manera, cuando en los casos de expropiaciones parciales la parte sobrante quede inutilizada o resulte impropia para el fin al cual estaba destinada, podrá el propietario afectado formular oposición y solicitar la expropiación del bien en su totalidad, lo cual determinará la obligación del ente público expropiante de adquirirlo, aunque ello no sea necesario para la obra (art. 30 LEXP).

También, el artículo 62 *ibídem* establece la posibilidad de extender la expropiación a los bienes adyacentes o vecinos que impidan la vista o contemplación de monumentos artísticos, históricos, arquitectónicos o arqueológicos, o que constituyan causa de riesgo o perjuicio para los mismos, o puedan destruir o arruinar su belleza individual.

Si los bienes a expropiar son, precisamente, los de contenido artístico, histórico, arquitectónico o arqueológico, la Administración Pública expropiante deberá adoptar las medidas necesarias para que no sean alteradas las condiciones del respectivo bien, las cuales han de ser ejecutadas oportunamente, previa notificación a las instituciones nacionales,

estadales, regionales y municipales que deban velar por el patrimonio artístico, histórico, arquitectónico, arqueológico o cultural de la Nación (art.63 LEXP).

D. El procedimiento expropiatorio.

A lo largo de nuestra investigación hemos hecho referencia, de manera individualizada, a los distintos requisitos que exige el instituto expropiatorio tanto en España como en Venezuela; por ello, corresponde en este punto plasmarlos de manera unificada, en atención al orden y lapsos en que deben materializarse durante el devenir del procedimiento de expropiación forzosa. Así, tenemos:

a) Situación en España.

- **REQUISITO PREVIO.**

La declaratoria de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto de la expropiación.

Constituye el presupuesto habilitante de la operación expropiatoria. No es una fase o trámite del procedimiento, ni siquiera el inicial (art. 9 LEF).

La forma en que se efectúa esta declaración se encuentra regulada en los artículos 10 a 13 de la Ley de Expropiación Forzosa, esto es: *i)* Expresa y singular en cada caso, o de manera genérica para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones; y *ii)* De forma implícita en la aprobación de planes o proyectos por disposición de la Ley.

Una vez declarada la utilidad pública o el interés social, debe seguir la Administración un estricto procedimiento para poder materializar la expropiación, el cual condiciona la legitimidad de su actuación. Para ello, la Ley de Expropiación Forzosa establece tres clasificaciones distintas: *i)* El procedimiento general, regulado en el Título II, artículos 9 a 55; *ii)* Los procedimientos especiales, regulados en el Título III, artículos 59 a 107; y *iii)* El procedimiento de urgencia, que tiene carácter excepcional, regulado en el artículo 52.

Tal y como señalamos en el Capítulo III de este trabajo, escapa de nuestro estudio lo que respecta a los procedimientos especiales, por lo que sólo haremos referencia al procedimiento general y al de urgencia.

I. EL PROCEDIMIENTO GENERAL.

Se desarrolla en tres fases sucesivas: *i)* Una fase inicial, en la cual se lleva a cabo la declaración de necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de derechos; *ii)* Una fase de valoración o de tasación, comprendida por la determinación del justiprecio; y *iii)* Una fase final, en la cual se verifica el pago y toma de posesión.

- **FASE INICIAL**

El Acuerdo de necesidad de ocupación.

Determinada la *causa expropiandi*, debe la Administración decidir sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o de adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables como objeto de la expropiación, pudiendo incluirse también los que sean indispensables para previsibles ampliaciones de la obra o finalidad de que se trate (art. 15 LEF).

A tal efecto, es necesario que el beneficiario de la expropiación formule una relación concreta e individualizada, tanto en el aspecto material como jurídico, de los bienes o derechos cuya expropiación se considere necesaria. En caso de que el proyecto de obras y servicios ya comprenda esta descripción detallada, la necesidad de ocupación se entiende implícita en la aprobación del proyecto; no obstante, la obligación de presentar la relación subsistirá en el beneficiario, a efectos de la determinación de los interesados (arts. 17 LEF y 5.2 y 16 REF).

Para ello, se seguirá el trámite siguiente:

- Dicha relación debe ser sometida a información pública por un plazo de quince (15) días. Cuando se trate de expropiaciones efectuadas por el Estado, deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado, en el de la Provincia respectiva, así como en uno de los diarios de mayor circulación existentes en dicha Provincia (art. 18 LEF). Este plazo se computará por días hábiles y comenzará a partir del día siguiente al de la última de las publicaciones que se realice (art. 24 REF). La finalidad de esta información pública, es que pueda comparecer cualquier

interesado y formular alegatos para que sean rectificadas posibles errores de forma de la relación publicada, como también, para oponerse por motivos de fondo o forma a la necesidad de ocupación (art. 19 LEF)⁶⁴⁷.

- Vencido el plazo referido de información pública, se abrirá otro de veinte (20) días⁶⁴⁸, en el cual la autoridad encargada de la tramitación del expediente expropiatorio deberá proceder al examen y calificación de los fundamentos de la oposición a la necesidad de ocupación de los bienes o derechos afectados por la relación hecha pública; asimismo, habrá de efectuar la rectificación y complemento de los datos que fueren procedentes sobre la titularidad de los bienes o derechos y sus características materiales o legales; igualmente, incorporará al expediente, de ser el caso, las certificaciones y demás documentos de comprobación que sean expedidos por los Registros de la Propiedad, Fiscales y demás dependencias públicas. Así, previo informe de la Abogacía del Estado, se resolverá sobre la necesidad de ocupación, describiendo detalladamente los bienes y derechos afectados y designando nominalmente a los interesados con los que hayan de entenderse los sucesivos trámites (arts. 20 LEF y 19 REF).
- Esta resolución inicia el expediente expropiatorio, debiendo ser notificada a los interesados de manera individual, así como publicarse en la misma forma que el anuncio de información pública (art. 21 LEF).

⁶⁴⁷ El Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia, ha afirmado la nulidad de pleno derecho del procedimiento expropiatorio si se omite el trámite de información pública y audiencia, debiendo procederse a la indemnización si el expediente está concluso y la expropiación consumada (SSTS 21 y 27 de mayo, 27 y 28 de junio, y 4 de noviembre de 1985; y de 21 de febrero de 1986). Al respecto, véase a PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...ob. cit.*, p. 116.

⁶⁴⁸ Conforme el mencionado artículo 24 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, este plazo se computará por días hábiles y comenzará a partir del día siguiente al vencimiento del anterior.

- Dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación personal o de la fecha de la respectiva publicación en los boletines oficiales, se podrá interponer recurso de alzada ante el órgano jerárquico correspondiente según la organización de la Administración expropiante (art. 22, números 1 y 2 LEF).
- En el plazo de veinte (20) días deberá ser resuelto el recurso, de manera expresa. La interposición del recurso tendrá efectos suspensivos hasta tanto sea decidido (art. 22.3 LEF).
- El artículo 22.3 de la Ley de Expropiación Forzosa excluye la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa en contra de la resolución del recurso antes mencionado; no obstante, y como ya hicimos mención en el Capítulo III del presente trabajo, dicha prohibición es inconstitucional actualmente en razón de los artículos 24 y 106.1 de la Constitución, y desde la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1983, debiendo considerarse derogada esa prohibición, tal y como ha establecido la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.
- En caso de que la expropiación implique sólo la necesidad de ocupación de una parte de finca rústica o urbana, esto es, las llamadas *expropiaciones parciales*, podrá el propietario solicitar a la Administración que la expropiación comprenda la totalidad del inmueble, cuando le resulte antieconómico la conservación de la parte no expropiada (art. 23 LEF). No establece la norma el tiempo hábil para la formulación de esta solicitud; en este sentido, PERA VERDAGUER considera que tal pretensión podrá deducirse dentro del plazo de información pública de quince (15) días, correspondiente a la

relación prevista en el artículo 17 de la Ley⁶⁴⁹.

- La decisión de la Administración sobre la solicitud de expropiación total de la finca deberá producirse en el plazo de diez (10) días. En el supuesto en que se proceda a rechazar la solicitud, deberá indemnizarse al propietario por el detrimento que le ocasione esa expropiación parcial, incrementando el justiprecio en la cuantía que proceda (art. 46 LEF), que en ningún caso podrá resultar igual o superior al que correspondería a la expropiación total del inmueble (art. 46 REF). La exclusión del control contencioso administrativo de las decisiones de la Administración en materia de expropiaciones parciales, prevista en el citado artículo 23, ha sido desplazada y derogada por la Constitución en iguales términos que la establecida en el artículo 22.3 de la misma Ley, como ya se dijo.

- **FASE DE VALORACIÓN O DE TASACIÓN.**

La fijación del justiprecio.

Una vez firme el Acuerdo por el que se declara la necesidad de ocupación de los bienes o derechos objeto de la expropiación, se procederá a la concreción de su justo valor. A tal efecto, deberá cumplirse el trámite siguiente:

- Dentro de los quince (15) días siguientes al inicio del procedimiento expropiatorio, las partes, de manera libre y por acuerdo recíproco,

⁶⁴⁹ PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...ob. cit.*, pp. 130 y ss.

podrán convenir en la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de la expropiación. En caso de lograrse el convenio, se dará por concluido el expediente de expropiación.

- Si transcurrieren los quince (15) días sin haberse logrado el mutuo acuerdo entre las partes, la Administración expropiante efectuará las actuaciones que se señalan a continuación, lo cual no obsta para que luego las partes puedan acordar el justiprecio⁶⁵⁰; a saber:
 - Tramitará como pieza separada la fijación del justiprecio, que estará encabezada por un extracto de las actuaciones practicadas para la fijación del precio de adquisición por mutuo acuerdo, así como el resultado del mismo; también, contendrá la descripción exacta del bien concreto que haya de expropiarse⁶⁵¹. Para ello, abrirá un expediente individual a cada uno de los propietarios expropiables, a menos que el objeto expropiatorio pertenezca en comunidad a varias personas, o que varios bienes constituyan una unidad económica (arts. 26 LEF y 29 REF).
 - Seguidamente, procederá a notificar a los propietarios afectados para que en un lapso de 20 días siguientes a esa notificación presenten la correspondiente “*hoja de aprecio*” (art. 29 LEF).
 - En el plazo de 20 días siguientes la Administración expropiante deberá aceptar o rechazar la valoración de los propietarios. En caso de aceptarla, se entenderá determinado definitivamente el

⁶⁵⁰ Conforme al artículo 27.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, y hasta que el Jurado de Expropiación no determine el justiprecio, las partes podrán acordar de mutuo acuerdo la fijación del precio en cualquier momento.

⁶⁵¹ La ausencia de exacta descripción no causa la nulidad de pleno derecho; sólo procede la anulabilidad en caso de existir indefensión (SSTS de 6 de junio de 1979; 23 de septiembre de 1980; y de 26 mayo de 1986). Al respecto, confróntese a PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...ob. cit.*, p. 149.

justo precio, procediendo al pago del mismo como requisito previo a la ocupación o disposición (art. 30.1 LEF). En caso de rechazar la valoración, la Administración elaborará su propia hoja de aprecio, la cual será notificada al expropiado, que dispondrá de un lapso de 10 días para aceptarla o rechazarla (art. 30.2 LEF).

- En caso de que el propietario rechazare el precio ofrecido por la Administración, se pasará el expediente al Jurado Provincial de Expropiación u órgano autonómico equivalente⁶⁵² (art. 31 LEF).
- En el plazo de 8 días hábiles, contados a partir del día siguiente al que el expediente de justo precio haya sido registrado de entrada en el Jurado Provincial de Expropiación, y a la vista de las hojas de aprecio formuladas por los propietarios y por la Administración, de manera ejecutoria, se debe fijar el justiprecio que corresponde a los bienes o derechos objeto de la expropiación (arts. 34 LEF y 39 REF).
- Esta resolución del Jurado Provincial de Expropiación constará en acuerdo motivado, en el que han de razonarse los criterios utilizados para la valoración (art. 35.1 LEF).
- El acuerdo del Jurado debe notificarse a las partes (Administración y al propietario), y pone fin a la vía administrativa; sólo procederá contra esa decisión el recurso contencioso-administrativo (art. 35.2 LEF).
- La fecha de la notificación o publicación del acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación constituye el término inicial a partir del

⁶⁵² Sobre el Jurado Provincial de Expropiación, remitimos a lo expuesto en el Capítulo III de esta investigación.

cual se computará la fecha para la caducidad de la valoración, que se verifica transcurridos dos años sin que se produzca el pago de la cantidad determinada como justiprecio, debiendo en consecuencia realizarse una nueva estimación (arts. 35.3 y 58 LEF).

Es importante resaltar aquí, que en el supuesto de que transcurran seis (6) meses desde el inicio del expediente, sin haberse determinado el justo precio por parte de Jurado Provincial de Expropiación, surgirá a la Administración expropiante la obligación de pagar interés de demora al sujeto expropiado, que se liquidará con interés retroactivo una vez que el justiprecio se efectúe (art. 56 LEF).

- **FASE FINAL.**

El pago y la toma de posesión.

Con la determinación del justiprecio nace la obligación de pago a cargo del sujeto expropiante y, correlativamente, el derecho del titular de los bienes o derechos objeto de la expropiación, al cobro del monto asignado a éstos. En este sentido, el trámite será el que se indica seguidamente:

- En el plazo máximo de seis (6) meses siguientes a la determinación del justiprecio, se procederá al pago de la cantidad fijada al efecto. Este pago será efectuado en dinero, mediante talón nominativo al expropiado o por transferencia bancaria, cuando el expropiado lo haya acordado (art. 48 LEF). También puede

realizarse en especie, como comúnmente sucede en materia urbanística⁶⁵³.

- El pago se hará constar en acta que será levantada ante el Alcalde del término correspondiente; no obstante, las partes pueden convenir que se efectúe en otro lugar. Los artículos 48, 49 y 50 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa regulan todo lo relativo a las formalidades y demás trámites necesarios para la realización del pago, desde su inicio con el envío del expediente al órgano administrativo competente, hasta su conclusión con la firma del “Recibí” por parte del sujeto expropiado.
- El pago estará exento de toda clase gastos, de impuestos y gravámenes o arbitrios del Estado, Provincia o Municipio, incluso el de pagos del Estado (art. 49 LEF).
- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de Expropiación Forzosa, en concordancia con los artículos 50 y 51 de su Reglamento, el monto correspondiente al justiprecio será consignado en la Caja General de Depósitos, en metálico y en concepto de depósito necesario sin interés, a disposición de la autoridad o Tribunal competente, en los siguientes supuestos:
 - En caso de que el sujeto expropiado rehusare recibirlo.
 - Si existiere algún litigio o cuestión entre el sujeto expropiado y la Administración, cuyo objeto verse, justamente, sobre el pago, o sobre aspectos relacionados con el mismo.
 - En caso de que el sujeto expropiado, al momento de realizarse el pago, formule objeciones.

⁶⁵³ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 772.

- Cuando no concurra al acto del pago el sujeto expropiado, por sí o a través de representante debidamente acreditado.
 - Si se tratare de varios interesados y existiere desacuerdo entre ellos sobre la cantidad correspondiente a cada uno, o existiere alguna cuestión o litigio entre ellos, o entre ellos y la Administración.
 - En caso de comparecencia del Ministerio Fiscal por no hacerlo los propietarios o titulares, o estuvieren incapacitados y sin tutor o persona que los represente, o fuere la propiedad litigiosa.
 - Si comparecieren personas que no puedan enajenar sin permiso o resolución de la autoridad judicial, a que se refiere el artículo 6 de la Ley.
 - Cuando no comparecieren al acto del pago los titulares de cargas o derechos reales sobre bienes inmuebles, debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad.
 - En cualesquiera otros supuestos que prevean las leyes.
- No obstante la existencia de algún litigio o recurso pendiente, el sujeto expropiado tendrá derecho a que se le entregue la indemnización hasta el monto en el que exista conformidad, quedando supeditada la parte en discusión a la resolución del litigio (art. 50.2 LEF).
 - En caso de haber transcurrido el plazo de seis (6) meses, siguientes a la determinación del justiprecio, sin que se hubiere procedido al pago del monto respectivo, la cantidad fijada por dicho concepto devengará el interés legal correspondiente (art. 57 LEF).

- Cuando transcurrieran dos (2) años sin haberse producido el pago del justiprecio, deberá efectuarse un nuevo avalúo sobre el objeto de la expropiación (art. 58 LEF). Esto es lo que se denomina como “retasación”, cuya procedencia deviene en razón de la caducidad de la valoración por el transcurso del tiempo. Conforme establece el artículo 74.2 del Reglamento, la retasación se iniciará a instancia del sujeto expropiado, sin necesidad de requerimiento de la Administración. Presentada la solicitud se seguirán los trámites a los que ya hicimos mención para la determinación del justiprecio.
- A continuación del acta de pago, que deberá acompañarse de los documentos justificantes del mismo, se extenderá el acta de ocupación, la cual será título suficiente para que en el Registro de la Propiedad y en los demás Registros Públicos se inscriba la transmisión de dominio a favor de la Administración expropiante, libre de cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviere afectado el objeto de la expropiación. Iguales efectos surtirá el acta de ocupación, acompañada del justificante de la consignación del precio o del correspondiente resguardo de depósitos (art. 53 LEF).

II. EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA.

El artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa prevé la posibilidad de que, de manera excepcional, y mediante acuerdo del Consejo de Ministros, sea declarada la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada. En el caso de que la Administración expropiante sea una

Comunidad Autónoma o una Administración Local, la declaración de urgencia corresponderá al Consejo de Gobierno de la primera, en tanto y en cuanto los respectivos Estatutos de autonomía establezcan competencias en materia de expropiación forzosa, ateniéndose a la legislación general del Estado dictada sobre esta materia, tal y como ya hubo oportunidad de mencionar en otro lugar del presente trabajo.

El respectivo expediente deberá estar acompañado de la oportuna retención de crédito, con cargo al ejercicio en que se prevea su conclusión y la realización efectiva del pago, por el importe al que ascendería el justiprecio calculado conforme las reglas que al efecto establece la Ley.

Es importante destacar, que el acuerdo de declaración de urgencia podrá hacerse en cualquier momento, esto es, antes de la ocupación de los bienes y aunque se hubiera ya iniciado, o estuviera en curso, el expediente expropiatorio por los cauces normales establecidos en la Ley⁶⁵⁴.

A fin de la declaración de urgencia, deberá seguirse el trámite que se indica seguidamente:

- Por el plazo de quince (15) días se abrirá información pública, en la cual será expuesta una relación de los bienes afectados por la expropiación, pudiendo realizar los interesados las alegaciones que estimen convenientes, a los solos efectos de subsanar posibles errores en la relación, toda vez que no se admite recurso alguno en contra de ésta (art. 56 REF).
- Realizada la información pública, se procederá a la declaración de urgencia por parte de la autoridad correspondiente, como ya se indicó. Con ello, se entenderá cumplido el trámite de la declaración de la necesidad de ocupación de los bienes que hayan de ser

⁶⁵⁴ Vid. PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...ob. cit.*, p. 380.

expropiados (art. 52.1 LEF). Así, la declaración de urgencia deberá cumplir.

- De conformidad con lo previsto en el artículo 56.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, el acuerdo deberá estar suficientemente motivado, es decir, con exposición de las razones que justifican la adopción de este excepcional procedimiento, debiendo contener referencia expresa de los bienes a que la ocupación afecta o al proyecto de obras en que se determina, así como el resultado de la información pública.
- Seguidamente, se notificará a los interesados afectados⁶⁵⁵ el día y hora en que ha de levantarse el acta previa a la ocupación, con una antelación mínima de ocho (8) días y mediante cédula (art. 52.2 LEF).
- En el día y hora en que dicho trámite haya sido anunciado, se constituirán en la finca que se trate de ocupar el representante de la Administración, acompañado de un perito y del Alcalde o Concejál en que delegue, así como los propietarios y demás interesados que concurren, quienes podrán hacerse acompañar de peritos o de un Notario. A tal efecto, se levantará un acta describiendo lo expropiado y haciendo constar las manifestaciones y datos que aporten unos y otros y que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, el valor de aquéllos y los perjuicios que ocasione la rápida ocupación. Hay que destacar que no es un acta de la ocupación, sino un trámite previo a ella (art. 52.3 LEF).
- A la vista del acta previa a la ocupación y de los documentos que

⁶⁵⁵ Sobre el particular, véanse los artículos 3 y 4 de la Ley de Expropiación Forzosa.

obren o se aporten en el expediente, la Administración procederá a elaborar las hojas de depósito previo a la ocupación. La cantidad fijada devengará interés legal a favor del titular expropiado, y será consignada en la Caja General de Depósitos. Asimismo, deberá fijar la Administración las cifras de indemnización que estime correspondiente por el importe de los perjuicios derivados por la rapidez de la ocupación, tales como: mudanzas, cosechas pendientes y otras igualmente justificadas, en contra de cuya determinación no cabrá recurso alguno (art. 52, números 4 y 5 LEF).

- Efectuado el depósito y abonada o consignada, en su caso, la previa indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate, para lo cual dispondrá de un plazo máximo de quince (15) días, sin que sea admisible al poseedor entablar interdictos de retener y recobrar (art. 52.6 LEF).
- Ocupada como sea la finca, se procederá a la tramitación del expediente de expropiación en sus fases de justiprecio y pago, conforme la regulación general establecida para ello, teniendo, en todo caso, tramitación preferente estos casos para su rápida resolución (art. 52.7 LEF).
- Sobre el justiprecio acordado definitivamente, se girará la indemnización establecida en el artículo 56 de la Ley, siendo la fecha inicial para el cómputo correspondiente la siguiente a aquella en que se hubiere producido la ocupación de que se trata (art. 52.8 LEF).

Tal y como sostiene PARADA, la declaración de urgencia no es un procedimiento especial, sino una *“variante del procedimiento expropiatorio”*;

consiste en una *“inversión de determinadas fases del procedimiento ordinario y de anticipación a la ocupación de los bienes, que tiene lugar antes de la fijación definitiva y del pago del justiprecio que se pospone para el final del proceso”*⁶⁵⁶.

Es necesario decir que, no obstante la excepcionalidad y carácter singular del procedimiento de urgencia, la doctrina considera que en la práctica dicho procedimiento ha experimentado una generalidad que le desnaturaliza, ya que la mayoría de las expropiaciones son tramitadas a través de él, siendo excepcionales las que se siguen por medio del procedimiento general. Tal situación ha devenido en lo que se ha llamado la “crisis del sistema expropiatorio”, que reclama una reforma legislativa a profundidad, argumentándose al efecto, entre muchas otras, las razones siguientes:

- i) Las declaraciones de urgencia no responden, verdaderamente, a urgencias reales y constatadas, que justifiquen una excepción al sistema general del previo pago, sino que, contrariamente, buscan una simple elusión de dicho sistema.
- ii) Su eficacia es prolongada por años, lo cual contrasta con su naturaleza.
- iii) No están referidas, como exige la Ley, a una obra o finalidad determinada, sino que, por el contrario, a obras o fines genéricamente aludidos e, incluso, en bloque.
- iv) No contienen la debida motivación, ni la mención expresa de los bienes afectados.
- v) No se producen para obras con proyecto y replanteo aprobados, sino

⁶⁵⁶ PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte general...ob.cit.*, pp. 609 y 610.

para aquellas que carecen de todo ello.

vi) Una vez efectuada la ocupación de los bienes, la fijación y pago del justiprecio se posterga indefinidamente.

Todo ello, a decir de la doctrina que comentamos, ha hecho que la expropiación forzosa haya dejado de ser “*un instituto que impone una concreta y circunscrita carga a los administrados*”, convirtiéndose en un sistema que impone, adicionalmente, la carga de “*financiar las obras públicas*”, como también una serie importante de obras privadas, como son, las realizadas por los beneficiarios privados de la expropiación calificada de urgencia⁶⁵⁷.

b) Situación en Venezuela.

Como tuvimos oportunidad de mencionar en el Capítulo III de la presente investigación, en Venezuela – a diferencia de España – el procedimiento expropiatorio contempla la intervención del órgano judicial. En razón de ello, la expropiación forzosa en el ordenamiento jurídico venezolano comprende tres etapas diferentes: *i)* La legislativa, que constituye una etapa previa al procedimiento, en la cual, los órganos legislativos competentes, llevan a cabo la declaratoria de utilidad pública o de interés social del fin que va a determinar la expropiación; *ii)* La fase administrativa, en donde la Administración Pública Nacional, de los Estados o de los Municipios, según se trate, emite el respectivo Decreto de Expropiación, dando inicio, así, al procedimiento expropiatorio; y *iii)* La fase judicial, llevada a cabo ante los

⁶⁵⁷ Confróntese sobre lo expuesto, entre otros, a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Vol. II...obra citada*, pp. 289 y ss.

órganos jurisdiccionales, para decidir la procedencia de la expropiación y garantizar los derechos del particular frente a la Administración, cuando no se logra el arreglo amigable.

Así la cosas, conforme a la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, la expropiación en Venezuela debe llevarse a cabo de la forma que seguidamente se indica:

- **ETAPA LEGISLATIVA. REQUISITO PREVIO.**

La declaratoria de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto de la expropiación.

El artículo 7 de la Ley exige que para poder llevarse a cabo la expropiación debe existir, entre otros requisitos, la previa declaratoria formal de utilidad pública, la cual, conforme al artículo 13 *eiusdem*, debe ser efectuada por los órganos legislativos competentes, es decir, la Asamblea Nacional, en el caso de la República; los Consejos Legislativos, en los casos de los Estados; y los Concejos Municipales, en los Municipios. También, dicha declaratoria puede estar exceptuada según los supuestos pautados en el artículo 14 *ibidem*.

Una vez efectuada la declaratoria de utilidad pública o interés social, el procedimiento para materializar la expropiación será el siguiente:

I. PROCEDIMIENTO EN SEDE ADMINISTRATIVA.

- El procedimiento de expropiación forzosa se inicia con el Decreto de Expropiación, que será dictado, en el orden nacional por el Presidente de la República, en el orden estatal por el Gobernador, y en los municipios por los Alcaldes, en el cual se individualizan los bienes objeto de la expropiación, que puede implicar la totalidad o una parte de ellos (arts. 5 y 7 LEXP).
- Este Decreto de Expropiación será publicado, debiendo la Administración iniciar el trámite correspondiente al arreglo amigable. A tal efecto, el artículo 22 de la Ley exige la realización de las siguientes diligencias:
 - Se notificará a los propietarios, poseedores y, en general, a todo aquel que tenga algún derecho sobre el bien afectado. Tal notificación se hará mediante aviso de prensa, publicado por una sola vez, en un diario de los de mayor circulación nacional y en alguno de la localidad donde esté ubicado el bien, si lo hubiere, a fin de que comparezcan por ante la entidad expropiante dentro de un lapso de treinta (30) días continuos, siguientes a la publicación de la notificación.
 - Se procederá a hacer valorar el bien objeto de la expropiación, designándose para ello la Comisión de Avalúos, constituida por tres (3) peritos, designados de la forma que sigue: uno por el sujeto expropiante, uno por el sujeto expropiado, y uno de común acuerdo por las partes. En caso de que no concurriere alguna de las partes o no se lograre acuerdo en la designación del tercer perito, el

nombramiento corresponderá al Juez de Primera Instancia en lo Civil de la respectiva jurisdicción (art. 19 LEXP).

- El justiprecio realizado por la Comisión de Avalúos será notificado a los propietarios o sus representantes legales, quienes deberán manifestar por escrito, en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, si aceptan o no la tasación practicada.
- En caso de que no concurra algún interesado, o manifestare su no aceptación del justiprecio, se tendrá por terminada la fase del arreglo amigable, por ende concluida la etapa administrativa, pudiendo acudir el ente expropiante a la vía judicial para solicitar la expropiación.

II. EL JUICIO EXPROPIATORIO.

Tal y como señaló la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 15 de noviembre de 2000⁶⁵⁸, el juicio de expropiación se encuentra comprendido por tres fases diferenciadas: *i)* Una primera fase, que contempla el juicio expropiatorio propiamente dicho, es decir, desde el inicio de juicio hasta la sentencia definitivamente firme, en donde se debate, fundamentalmente, la procedencia de la expropiación; *ii)* Una segunda fase correspondiente al avenimiento y justiprecio, una vez declarada con lugar la expropiación ; y *iii)* Una tercera y última fase relativa al pago y traslación de la propiedad del objeto de la expropiación

⁶⁵⁸ Al respecto, véase a BADELL MADRID, Rafael, "Limitaciones legales al derecho de propiedad", en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 7, Caracas, 2002, p. 142.

- **Primera fase: El juicio expropiatorio propiamente dicho.**

- **Inicio:** El juicio de expropiación forzosa se inicia con la solicitud del ente expropiante (legitimado activo) ante el Tribunal competente, la cual deberá expresar el objeto de la expropiación y demás elementos que contribuyan a su determinación precisa, así como también, en caso de conocerse, el nombre y apellido del propietario o propietarios, poseedores o arrendatarios (art. 24 LEXP).

Dentro de los tres (3) días siguientes, en caso de no haberse acompañado a la solicitud, el Juez requerirá a la respectiva Oficina de Registro los datos concernientes a la propiedad y los gravámenes relativos al bien objeto de la expropiación, debiendo esta última remitirlos a la brevedad posible (art. 25 LEXP)⁶⁵⁹.

- **Emplazamiento:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley, este trámite comprende las diligencias siguientes:
 - Dentro de los tres (3) días de despacho siguientes al recibo de los datos remitidos por la Oficina de Registro, ordenará el Juez el emplazamiento de los presuntos propietarios, poseedores, arrendatarios, acreedores y, en general, de todo aquel que tenga algún derecho sobre el bien a

⁶⁵⁹ La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 8 de noviembre de 1984, caso: *Félix Presentación Arteaga*, señaló que la constancia en el expediente de los datos relativos al bien a expropiar, constituye una formalidad esencial para la expropiación, por lo que su ausencia es causal de reposición del juicio expropiatorio al estado de solicitar dichos datos al Registrador. Al respecto, confróntese *20 años de jurisprudencia. Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en materia de expropiación. Años 1977 – 1996...obra citada*, pp. 134-136.

expropiar, a fin de que comparezcan ante el tribunal y den contestación a la solicitud.

- Este emplazamiento será efectuado mediante edicto que deberá publicarse junto con la solicitud de expropiación, la certificación de gravámenes y el auto de emplazamiento, en un diario de los de mayor circulación nacional y en alguno de la localidad donde se encuentre ubicado el bien, por tres (3) veces durante un (1) mes, con intervalos de diez (10) días entre una y otra publicación.
 - El juez remitirá a la respectiva Oficina de Registro tres (3) ejemplares de los diarios que contengan la primera publicación, a fin de que sean fijados en la cartelera o en la puerta de ese Despacho junto con la solicitud de expropiación, la certificación de gravámenes y el auto de emplazamiento, debiendo el Registrador dar acuse de recibo y del cumplimiento de dicha formalidad.
- **Lapso de comparecencia:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la última de las publicaciones, deberán los emplazados comparecer ante el Tribunal, por sí o por medio de apoderado; en caso de no comparecer dentro de ese lapso, se le nombrará defensor de oficio con quien se entenderá la causa. En caso de que éste no compareciere a juramentarse al primer día siguiente a su notificación, se tendrá como no aceptado el cargo, procediendo el Juez a nombrar un nuevo defensor de oficio (art. 27 LEXP).
- **Contestación a la solicitud:** Al tercer (3°) día de despacho siguiente al vencimiento del lapso del emplazamiento, o de la aceptación y juramentación del defensor de oficio, en su caso,

tendrá lugar el acto de contestación a la solicitud de expropiación forzosa (art. 28 LEXP). En esta oportunidad procesal el sujeto expropiado puede convenir en la expropiación, o bien formular contestación u oposición a la solicitud, lo cual únicamente podrá fundarse en dos supuestos taxativos: *i)* Violaciones a las disposiciones de la Ley de Expropiación Forzosa, o *ii)* En la necesidad de que sea expropiada la totalidad del bien, en virtud de que la expropiación parcial lo inutilizaría, o lo haría impropio para el uso o finalidad al que estaba destinado. Debe acompañarse a la oposición la prueba fehaciente del derecho que se aduce, sin la cual no será admisible defensa alguna (art. 30 LEXP)⁶⁶⁰.

- **Oportunidad probatoria:** En caso de formularse oposición a la solicitud de expropiación, se abrirá una articulación probatoria de quince (15) días, a fin de que las partes promuevan y evacúen las pruebas que consideren pertinentes a su pretensión⁶⁶¹.
- **Relación de la causa, informes y sentencia:** De conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley, una vez vencido el lapso probatorio, el Juez deberá efectuar los actos siguientes:

⁶⁶⁰ Debe reiterarse aquí que este procedimiento judicial no tiene por objeto la determinación de la titularidad sobre el bien objeto de expropiación, en virtud de lo cual, cualquier discrepancia existente al respecto no serán decididos por el Tribunal, ya que han de ser tramitados en proceso judicial distinto.

⁶⁶¹ La Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social nada prevé sobre los medios de prueba que pueden ser empelados en el juicio; en consecuencia, en razón del “*principio de libertad de la prueba*” que en materia procesal rige en Venezuela, podrán admitirse los medios probatorios consagrados en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil. Este precepto legal es del tenor siguiente:

“Artículo 395.

Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.”

- El día de despacho siguiente al vencimiento del mencionado lapso de pruebas, procederá a fijar el inicio de la relación de la causa, la cual no excederá de sesenta (60) días continuos.
 - Al terminar la relación, fijará el segundo (2°) día de despacho siguiente para que las partes presenten sus informes.
 - Dentro de los treinta (30) días siguientes al acto de informes será dictada la correspondiente sentencia, la cual se pronunciará sobre las oposiciones formuladas y declarará si resulta procedente o no la expropiación. En este sentido, hay que destacar, que la sentencia no tiene efectos traslativos de dominio, pues ello sólo se produce con el pago de la indemnización. Tal decisión, en consecuencia, tiene carácter mero declarativo, y no hace contiene apreciación alguna sobre la valoración o justiprecio, toda vez que ello corresponde a otra fase del juicio expropiatorio, como veremos.
- **Apelación:** Dentro de los cinco (5) días siguientes a la decisión las partes podrán formular apelación (art. 33 LEXP). El conocimiento de segunda instancia corresponderá a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, en concatenación con el artículo 26, numeral 9, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y del artículo 23, numeral 9, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

- **Fase de avenimiento y justiprecio.**

- ***Avenimiento***: Firme la decisión del Juez en la cual declara la procedencia de la expropiación, bien sea en todo o en parte, fijará día y hora para que las partes concurren con la finalidad de lograr un acuerdo sobre el monto correspondiente a la indemnización por el objeto de la expropiación, tomando como base para ello el valor atribuido por la Comisión de Avalúos, haciéndose constar en el acta que habrá de levantarse al efecto, las razones que justifiquen ese avalúo. Se requerirá de los defensores de oficio y mandatarios atribución expresa para efectuar actos de disposición o para transigir; de lo contrario, no tendrán facultad para el avenimiento (art. 34 LEXP).
- ***Avalúo***: A tenor de lo establecido en el artículo 35 de la Ley, en caso de no lograrse el avenimiento, el Juez fijará oportunidad para el tercer (3°) día de despacho siguiente, a fin del nombramiento de la Comisión de Avalúo, que será la encargada de determinar el justiprecio del bien, observándose las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil, así como los criterios y extremos previstos en los artículos 36 al 43 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Tal y como ya se expresó en el Capítulo III de esta investigación, la Ley de Expropiación Forzosa no prevé un lapso para la impugnación del avalúo; ha sido la jurisprudencia la que ha sostenido que puede realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a su consignación en el Tribunal, bien por razones de forma (inobservancia de reglas y formalidades), bien por razones de fondo (apreciación falsa o que no haya tomado en cuenta las respectivas valoraciones en su cálculo, de manera que se

encuentre desvirtuado el valor real del bien o derecho). Así, vencido dicho lapso sin que se formule objeción alguna, quedará firme el justiprecio y se seguirán los trámites correspondientes. En caso de impugnación y que ésta sea declarada con lugar, lo que implica la nulidad del avalúo, deberá el Juez proceder de la manera que sigue:

- Si el avalúo es anulado por razones de forma, se ordenará la realización de una nueva experticia.
- Si la nulidad obedece a motivos de fondo, el Juez procederá a designar a dos (2) peritos y, oída la opinión de éstos, que en forma alguna tendrá carácter vinculante, fijará el monto correspondiente a la indemnización⁶⁶².

- **Fase de pago y traslación de la propiedad.**

- Firme el monto de la justa indemnización, el ente expropiante, antes de proceder a la ocupación definitiva del bien objeto de la expropiación, consignará ante el Tribunal de la causa la cantidad correspondiente, a fin de que éste lo entregue al propietario o a quienes tengan derecho a ella, a menos que se haga constar que el pago ya fue efectuado (art. 45 LEXP).
- Consignada la cantidad correspondiente a la indemnización

⁶⁶² Al respecto, véanse las sentencias de la Sala de la Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fechas: 3 de mayo de 1984 y 12 de octubre de 1986; ratificadas en decisión de la misma Sala del 14 de febrero de 1990. La referencia es tomada de BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela...ob.cit.*, pp. 317 y ss.

expropiatoria, o que se haya hecho constar el pago realizado, el Juez ordenará que se le expida al ente expropiante la copia certificada de la sentencia que declara la expropiación, a fin de su registro en la oficina correspondiente; asimismo, ordenará a respectiva autoridad del lugar que haga formal entrega del bien al solicitante (art. 46 LEXP). El traslado de dominio en el juicio expropiatorio, como puede observarse, se verifica con la consignación del monto de la indemnización⁶⁶³.

- El mismo día de la consignación el Juez ordenará que le sea entregado al propietario el monto correspondiente a la indemnización, notificándolo al efecto, a menos que hubiere sido formulada oposición por parte de terceros. Si el propietario no concurriere, o no fuere posible su notificación, el Juez ordenará el depósito del monto respectivo en una institución bancaria designada al efecto (art. 47 LEXP).
- Si la expropiación comprendiera mejoras o bienhechurías que no pertenezcan al propietario del bien, su precio, conforme hubiese sido determinado en el respectivo avalúo, se entregará a su propietario deduciéndose del monto total consignado por concepto de justiprecio, siempre y cuando no hubiese oposición de algún tercero (art. 48 LEXP).
- Contra la entrega del monto consignado por concepto de indemnización podrá oponerse todo aquel que considere tener algún derecho, solicitando que la respectiva cantidad sea depositada, siempre y cuando acompañe prueba fehaciente de su pretensión. En Juez, con vista de las pruebas presentadas, acordará o negará el depósito, pudiendo abrir una articulación

⁶⁶³ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 504.

probatoria de ocho (8) días si alguna de las partes así lo solicitare (art. 50 LEXP).

- Si para asegurar los derechos del tercero oponente es suficiente una parte del monto consignado, el depósito se limitará a esa parte. El depósito parcial procederá igualmente, en caso de que el bien estuviere gravado y bastare una parte del monto del justiprecio para cancelar dicho gravamen (art. 49 LEXP).
- Antes de la consignación del monto de la indemnización podrá el ente expropiante desistir del juicio expropiatorio⁶⁶⁴.
- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, el término para apelar de las decisiones de primera instancia será de cinco (5) días. El conocimiento de segunda instancia corresponderá a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a tenor de lo previsto en el artículo 23 *eiusdem*, en concatenación con el artículo 26, numeral 9, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y del artículo 23, numeral 9, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Todos los gastos que origine el juicio expropiatorio serán sufragados por el ente expropiante (art. 44 LEXP).

⁶⁶⁴ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 24 de febrero de 1965, consultada en BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo...obra citada*, pp. 504 y 505.

III. LA OCUPACIÓN PREVIA.

Consagra también la Ley la posibilidad de un procedimiento que permita al ente expropiante ocupar anticipadamente, tanto a la traslación de dominio como al pago de la justa indemnización, el bien objeto de expropiación, con el fin de dar inicio a la obra de utilidad pública o social, bajo la premisa que debe ser realizada de “urgencia”⁶⁶⁵. Se trata de una “*medida cautelar judicial*”⁶⁶⁶, toda vez que sólo puede ser ordenada por el Juez.

A tal efecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, deberán verificarse las formalidades y trámites siguientes:

- La obra a ser ejecutada debe ser de aquellas que se encuentren exceptuadas de la formalidad de declaratoria previa de utilidad pública o interés social, a tenor del artículo 14 de la Ley. Sin embargo, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 6 de julio de 2000, ha considerado la existencia de otras disposiciones normativas contenidas en instrumentos con rango de ley formal, en las cuales se concreta igualmente una declaratoria de utilidad pública, con carácter general, para la ejecución de ciertas obras o para la realización de

⁶⁶⁵ Sobre la ocupación previa, véase nuestro trabajo “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”, en GHAZZAOUI, Ramsis (Coordinador), *Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: vigencia, reforma e innovación*, XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, FUNEDA, Caracas, 2014; asimismo en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y BÉJAR RIVERA, Luis José (Coordinadores), *El Derecho Administrativo en Iberoamérica, Libro Homenaje al Profesor Mariano Brito*, Universidad Panamericana, México, 2014; y en *Democracia, Derecho e Instituciones*, Cuadernos UCAB, Num. 12, Dirección General de Postgrado, UCAB, Caracas, 2014.

⁶⁶⁶ Vid. HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *La Expropiación en el Derecho Administrativo Venezolano...citada*, p. 125.

determinadas actividades, en términos similares de los del mencionado artículo 14, que sustentan la procedencia de una declaración judicial de ocupación previa.

- Debe haber sido declarado previamente por el ente expropiante (en el decreto de expropiación) que la obra es de urgente realización. Dicha declaratoria es una potestad discrecional de la Administración, por ende, debe estar racional y razonablemente motivada y demostrada, a fin de que el Juez pueda valorarla y acordarla.
- Debe haberse introducido la demanda de expropiación y haberse notificado a los propietarios y a los ocupantes del bien, en caso de haberlos, a fin de que comparezcan ante el tribunal dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación y formulen oposición justificada a la solicitud de ocupación previa.
- Se debe hacer valorar el bien a ocupar por una Comisión de Avalúos, designada conforme a lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Expropiación Forzosa, al cual ya hicimos referencia. El resultado de la respectiva valoración no tiene carácter contencioso, es decir, que no puede ser impugnado por las partes; es intrascendente en el resto del procedimiento expropiatorio, ya que sólo servirá para que el tribunal decrete la ocupación previa del bien y se garanticen al sujeto expropiado los posibles perjuicios que se le pudiese ocasionar debido a la ocupación. Este avalúo tiene el carácter de una caución, no es definitivo y no guarda relación alguna con la justa indemnización, bastando al efecto que el expropiado no manifieste su aceptación⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷ Véanse, entre otras, la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo,

- Debe consignarse el monto del justiprecio del bien en el tribunal.
- Debe practicarse una inspección judicial, a fin de dejar constancia de todas las circunstancias de hecho que deben ser tomadas en cuenta para la fijación de la justa indemnización del bien de que se trate, ya que pudieran desaparecer o cambiar de situación o estado por el hecho de la ocupación. A tal efecto, podrá el Juez hacerse acompañar de un práctico.
- No es potestativo de los tribunales acordar la ocupación previa o no; en caso de haberse cumplido los requisitos, debe ser decretada por el Juez, ya que se trata de un derecho que otorga la Ley al expropiante⁶⁶⁸.
- Si el expropiado conviene en la valoración previa realizada por la Comisión de Avalúos, producirá el efecto de un avenimiento y la consecuente terminación del proceso, teniéndose tal acto como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Este acto del propietario es irrevocable, aunque no haya sido homologado por el Tribunal.
- Debe precisarse que la ocupación previa tiene carácter incidental, es decir, puede ser solicitada en cualquier grado y estado del juicio

de fecha 13 de febrero de 1992, en RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)", en *Revista de Derecho Público*, No. 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 162; asimismo, la sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 9 de noviembre de 2005, en RAMOS FERNÁNDEZ, Mary y VILLEGAS SALAZAR, Marianella "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo)", en *Revista de Derecho Público*, No. 104, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, pp. 135-137.

⁶⁶⁸ Vid. Sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 6 de julio de 2000.

expropiatorio, siempre y cuando éste no haya llegado a su término⁶⁶⁹.

- La decisión del Juez que acuerde la ocupación tendrá carácter de interlocutoria de urgente realización y, en tal sentido, podrá el afectado interponer recurso de apelación, el cual será oído en el solo efecto devolutivo⁶⁷⁰.

E. La indemnización.

a) Situación en España.

Hemos podido constatar que a consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria por la Administración, el administrado queda sujeto a un sacrificio singular en su patrimonio, compensado con una indemnización pecuniaria que restablezca la sustracción de valor en el que dicho sacrificio expropiatorio se concreta.

De ahí que se haya considerado a la expropiación bajo una doble perspectiva: i) garantía constitucional del derecho de propiedad privada, al procurar al propietario un justo resarcimiento económico por la privación que

⁶⁶⁹ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 01 de septiembre de 1981, en RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)", en *Revista de Derecho Público*, No. 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 144 y 145.

⁶⁷⁰ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 02 de junio de 1983, consultada en RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)", *Revista de Derecho Público*, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 207 y 208.

le es ocasionada en su patrimonio; ii) instrumento positivo del que dispone el poder público para llevar a cabo la satisfacción del interés general que tiene constitucionalmente encomendada⁶⁷¹.

Así pues, la expropiación constituye para el afectado una garantía patrimonial, ya que en el lugar de su derecho de propiedad, que desaparece, surge un nuevo derecho, el de ser debidamente indemnizado. Dicho de otra manera, *“toda expropiación implica un deber de indemnizar”*⁶⁷².

Entonces, la indemnización se constituye como un derecho para el expropiado; a su vez, comporta una obligación, un requisito esencial y presupuesto indispensable para que el beneficiario de la potestad expropiatoria pueda adquirir los bienes o derechos cuya expropiación se pretende⁶⁷³. Se trata, a decir de GARCÍA DE ENTERRÍA, de *“una carga a cumplir por la Administración que pretende llevar a efecto la expropiación, entendiendo carga en el sentido rigurosamente técnico de necesidad de adoptar un cierto comportamiento para obtener un resultado ventajoso, sin que el sujeto a quien afecta pueda ser constreñido a su realización ni la falta de ésta implicar una sanción, sino la simple consecuencia de resultar imposible la obtención del resultado ventajoso”*⁶⁷⁴.

Como ya dijimos, la indemnización expropiatoria se diferencia del instituto de la responsabilidad; la causa de la indemnización no es la reparación de un daño previamente consumado, sino una compensación de enriquecimiento patrimonial; su naturaleza jurídica es de carácter preventivo,

⁶⁷¹ Sentencias del Tribunal Constitucional Nos. 37/1987, de 26 de marzo; 166/1986, de 19 de diciembre; y 164/2001, de 11 de julio, ya citadas.

⁶⁷² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...obra citada*, p. 115.

⁶⁷³ Véase a FUERTES LÓPEZ, F. Javier, “El justiprecio expropiatorio y la retasación”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa...obra citada*, p. 151.

⁶⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa...citada*, p. 117.

de allí que se constituya como presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad de expropiar; no es un crédito de resarcimiento, sino la de una carga que de no ser cumplida por el beneficiario interesado en llevar a cabo expropiación, le será imposible proceder a la expropiación.

Por ello, y salvo casos singulares, la regla general es la *“obligación del pago del justiprecio con carácter previo a la ocupación del bien o derecho”*⁶⁷⁵.

Sin embargo, tal y como ha sostenido el Tribunal Constitucional (sentencia No. 166/1986, de 19 de diciembre, F.J. No. 13), existen situaciones en las que la Ley permite relegar el pago de la indemnización a la última fase del procedimiento expropiatorio, como sucede en los casos de declaración de urgencia, no siendo inconstitucional que la indemnización de verifique *“en el mismo momento en que se acuerda la expropiación”*.

En cualquier caso, el artículo 33.3 de la Constitución prohíbe la privación de bienes y derechos sin que medie la correspondiente indemnización, cuyo cálculo ha de corresponderse con el valor económico del bien o derecho expropiado, lo que precisa que, entre éste y la cuantía de la indemnización, exista un proporcional equilibrio. Para que ello pueda ser así, es necesario que el valor del bien sea, rigurosamente, un valor de sustitución, y en consecuencia incluir el importe de todos los daños, perjuicios y costes que la expropiación implique⁶⁷⁶.

Importante resaltar, que este valor comprende el importe objetivo de los bienes o derechos expropiables, no así la valía que subjetivamente pudiera tener en la persona del titular, que se encuentra compensada, no obstante, con el llamado “premio de afección” previsto en el artículo 47 de la Ley (5% adicional al monto del justiprecio).

⁶⁷⁵ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 763.

⁶⁷⁶ STC No. 166/1986, de 19 de diciembre, F.J. No. 13.

A los fines del cálculo de la indemnización, la Ley de Expropiación Forzosa, en sus artículos 38 a 42, contempla una serie de reglas materiales, diferenciadas según la naturaleza de los bienes o derechos objeto de expropiación. Sin embargo, la propia Ley de Expropiación Forzosa en el artículo 43, formula una regla general de valoración que podrá aplicarse cuando la valoración alcanzada por la vía de las reglas específicas no se corresponda (por exceso o por defecto) con el valor de los bienes o derechos expropiados. Es decir, que prevé un doble sistema de valoración: uno sobre criterios legales tasados y específicos (reglas fiscales, básicamente); otro, articulado en una libertad estimativa plena⁶⁷⁷.

Esta última fue la empleada en la práctica hasta la Ley 8/2007, de Suelo, que la suprimió en lo que respecta a la valoración de inmuebles. Actualmente, tales criterios de valoración se hallan previstos en los artículos 34 a 41 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRHL 2015), así como en el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, en el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo⁶⁷⁸.

En este valor de tasación, tal y como contempla el artículo 36.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, no serán incluidas las plusvalías que se puedan originar de manera inmediata a consecuencia del plan o proyecto de obras, ni las previsibles a futuro; tampoco se computarán las mejoras que realice el propietario con posterioridad al inicio del expediente expropiatorio, a menos que sean indispensables para la conservación del bien.

Hay que mencionar, también, que para la determinación de la indemnización, la Ley prevé un lapso de seis (6) meses, contados desde la

⁶⁷⁷ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...ob. cit.*, p. 832.

⁶⁷⁸ Cfr. FUERTES LÓPEZ, F. Javier, "El justiprecio expropiatorio y la retasación", en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa...obra citada*, p. 173.

iniciación legal del expediente expropiatorio, esto es, desde que sea proferido el acuerdo de necesidad de ocupación (art. 56 y 21.1 LEF).

De igual forma, contempla la Ley un plazo máximo de seis (6) para que, determinado como sea el monto de la indemnización, se proceda a su pago (art. 48 LEF).

En este sentido, debe señalarse que en el supuesto de que transcurra el mencionado lapso sin que sea determinado el justo precio, o, habiéndose establecido, no haya sido satisfecho al titular expropiado, se origina el derecho de éste a percibir intereses de demora (arts. 56 y 57 LEF), que se erigen como garantías del expropiado frente a los retrasos de la Administración.

Hay que destacar, que en el caso de retraso en la fijación del justiprecio, se ha rechazado el derecho a percibir intereses cuando ha mediado convenio expropiatorio, argumentándose para ello, en primer lugar, el hecho de que el expropiado también es responsable en la demora ya que ha participado en las negociaciones para su determinación; también, porque para la suscripción del convenio el expropiado ha manifestado su conformidad con el justiprecio, y, además, porque se entiende como partida alzada por todos los conceptos, libre de gastos e impuestos, tal y como pauta el artículo 26 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa⁶⁷⁹.

Por su parte, en el supuesto de la demora en el pago, y aunque haya habido acuerdo entre las partes, subsistirá este derecho al cobro de intereses una vez que transcurra el plazo de seis (6) meses sin haberse producido el pago⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ Cfr. FUERTES, Mercedes, "Los intereses expropiatorios: ¿burla o retribución?", en SOSA WAGNER, Francisco (Coordinador), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1514.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 1515.

Necesario decir que, en uno u otro supuesto (demora en la fijación del justiprecio o en su pago), el devengo de intereses es compatible entre sí; además, es automático, corresponden por autoridad de la Ley y sin necesidad de reclamación por el expropiado, debiendo los Tribunales acordarlos de oficio aunque su pago no se haya solicitado en fase administrativa. Asimismo, el lapso para su reclamo rescribe a los cinco (5) años y resultará aplicable la tasa de interés que fije el Banco de España⁶⁸¹.

En el caso de las expropiaciones urbanísticas, resulta frecuente que la declaratoria de necesidad de ocupación se encuentre implícita en la aprobación de los planes o proyectos, quedando en un momento posterior la determinación de los concretos bienes objeto de la expropiación, con lo cual pudiera surgir la duda sobre la oportunidad a partir de la cual ha de computarse el plazo para la determinación del justiprecio, es decir, si con la publicación del plan de obras o, por el contrario, con la publicación de los bienes afectados. Al respecto, FUERTES expresa que deberá tenerse como fecha para el cómputo del surgimiento del derecho a percibir intereses, la que corresponda a la publicación de los bienes afectados, con el acuerdo de ocuparlos (STS de 20 de diciembre de 1990), o con la delimitación del polígono (STS de 13 de junio de 1988)⁶⁸².

Por otra parte, contempla también la Ley de Expropiación Forzosa el supuesto en el cual, habiendo sido fijado el monto de la indemnización, transcurrieren dos (2) años sin que el pago se hiciera efectivo o no se consigne, lo que conlleva a la realización de una nueva estimación (art. 58 LEF).

⁶⁸¹ Véase a PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I...obra citada*, p. 606.

⁶⁸² FUERTES, Mercedes, "Los intereses expropiatorios: ¿burla o retribución?", en SOSA WAGNER, Francisco (Coordinador), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo...obra citada*, p. 1517.

Lo anterior es lo que se denomina como “retasación”, que consiste en una nueva valoración del objeto de la expropiación, adaptada a las fluctuaciones cuantitativas o cualitativas que, a consecuencia del transcurso del tiempo, pudieron hacer variar las circunstancias que en su día determinaron la fijación del justiprecio⁶⁸³.

La retasación es procedente aunque se encuentre pendiente de resolución recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Jurado, o bien haya sido resuelto definitivamente por sentencia firme, como también, por el hecho de que el justiprecio hubiere sido fijado de mutuo acuerdo⁶⁸⁴.

Debe ser solicitada ante la Administración por el sujeto expropiado, quien formulará nueva hoja de aprecio en la forma prevista en el artículo 29 de la Ley, sin necesidad de requerimiento de aquélla, careciendo de valor la hoja de aprecio formulada en la oportunidad anterior, y se seguirán los trámites establecidos para la determinación del justiprecio (art. 74.2 REF).

b) Situación en Venezuela.

Conforme estatuye el artículo 115 de la Constitución, la expropiación conlleva la obligación para el Estado, entre otros, de indemnización justa y oportuna. En este sentido, la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en decisión del 10 de agosto de 1977, señaló lo siguiente:

“La garantía constitucional del derecho de propiedad exige que el Estado pague una justa indemnización al propietario, no sólo en caso de expropiación

⁶⁸³ Vid. PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa...citada*, pp. 469 y 470.

⁶⁸⁴ Cfr. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I...obra citada*, p. 607.

*propiamente dicha, o sea, cuando coactivamente se le obligue a ceder su propiedad, sino también cada vez que se le prive de una utilidad, queden gravados sus bienes con una servidumbre o sufra un daño permanente que derive de la <<pérdida o disminución de sus derechos>>*⁶⁸⁵.

Es decir, que la indemnización es una parte esencial de la expropiación, es uno de sus elementos fundamentales, una condición necesaria para que pueda producirse, *“una carga que condiciona la procedencia misma de expropiación”*⁶⁸⁶.

La Norma Fundamental exige que la indemnización sea justa; por ello, debe suponer el valor de reposición del bien expropiado; debe quedar sustituido, en definitiva, un activo por otro; el expropiado no debe sufrir pérdidas, como tampoco ganancias o enriquecimiento⁶⁸⁷.

La indemnización debe ser, además de justa, oportuna; en tal sentido, debe efectuarse antes o al momento en que se materialice la pérdida del bien, ya que es la única manera de garantizar que ingresará al patrimonio del particular afectado un valor económico equivalente al que salió de su esfera jurídica patrimonial⁶⁸⁸.

Así pues, la indemnización atiende a una doble condición: deber ser *actual e integral*; actual, ya que debe corresponder al valor que tiene el bien al momento en que se produce la traslación de la propiedad al expropiante

⁶⁸⁵ La referencia es tomada de BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 467.

⁶⁸⁶ Vid. Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, del 27 de enero de 1994, caso *“Promociones Terra Cardón”*, consultada en BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela...citada*, p. 145.

⁶⁸⁷ Cfr. Sentencia Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 24 de febrero de 1965, consultada en BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo...obra citada*, p. 468.

⁶⁸⁸ Vid. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o Vías de Hecho?...obra citada*, p. 106.

transferido; integral, toda vez que debe comprender cuanto sea necesario para que el bien que adquiere el expropiante, sea equivalente en su valor a lo que se compensa al expropiado por su pérdida o privación⁶⁸⁹.

De ahí que el avalúo que ha de practicarse para determinar la justa y oportuna indemnización, no constituye un “*simple justiprecio analítico*”, sino un medio pensado por el legislador para compensar al particular por la privación de su bien por una causa de utilidad pública o de interés social⁶⁹⁰.

En efecto, este avalúo debe tomar en cuenta todos los elementos que necesarios para la determinación de la indemnización, como son, los de carácter general, los de carácter obligatorio, y los especiales o particulares⁶⁹¹.

En cuanto a los elementos generales, los peritos designados deberán especificar la clase, calidad, situación, dimensiones aproximadas, capacidad de producción, entre otras, de bien o derecho objeto de la expropiación, así como las demás circunstancias que contribuyan a fijar su justo valor (art. 36 LEXP).

En caso de tratarse de bienes muebles, deberá especificarse en el avalúo su clase, calidad, dimensiones, marcas, tipo, modelo, vida útil, estado de conservación y demás características que contribuyan a su plena identificación (art. 38 LEXP).

⁶⁸⁹ Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 22 de julio de 2004, en *Compilación de la Doctrina de la Sala Político Administrativa: Contencioso Administrativo: Tomo I*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Doctrina Judicial, No. 31, Caracas, 2009, pp. 879 y ss.

⁶⁹⁰ Vid. Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 9 de diciembre de 1980, en RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)”, en *Revista de Derecho Público*, No. 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 154 y 155.

⁶⁹¹ Cfr. GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis, “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”...obra citada.

Además de estos elementos, y conforme lo establece el artículo 36 de la Ley, obligatoriamente deberán considerar en el avalúo lo siguiente:

- En el caso de bienes inmuebles:
 - El valor fiscal: Declarado o aceptado expresa o tácitamente por el propietario antes del decreto de expropiación (p.e. declaración de impuestos sobre inmuebles urbanos).
 - El valor comercial: Se determina por los precios establecidos en los actos de transmisión del inmueble que se expropia, que hayan sido realizados con seis (6) meses de antelación a la emisión del decreto de expropiación.
 - El valor medio: Se fija en atención al promedio de precios en que hayan sido vendidos los inmuebles similares al objeto de la expropiación en los últimos doce (12) meses a la fecha de realización del avalúo.
- En el caso de bienes inmuebles donde existan industrias y fondos de comercio, deberán considerarse los daños que se causen al propietario con motivo del cese de actividades, y el traslado para su reinstalación en la nueva sede, derivados de la expropiación (art. 39 LEXP). A tal efecto, tomarán en cuenta:
 - Los gastos por concepto de desinstalación, transporte y reinstalación de materiales y equipos a la nueva sede.
 - La declaración de Impuesto Sobre la Renta, que demuestre la utilidad neta declarada de los últimos tres (3) ejercicios fiscales, contados a partir del momento de elaboración del informe del avalúo.

- Cualesquiera otros gastos debidamente comprobados, que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación.

En cuanto a los elementos de carácter especial o particular, la Ley de Expropiación Forzosa, en el artículo 37, en los supuestos de expropiaciones parciales, que la estimación compensará el perjuicio causado al particular por tal expropiación, con el beneficio inmediato y permanente que la construcción de la obra que da lugar a la expropiación reporte al resto del bien o derecho.

De igual forma, deberá determinarse la privación de la utilidad que le sea provocada al particular a consecuencia de servidumbres o porque sufran daños permanentes por la pérdida o disminución de sus derechos (art. 41 LEXP).

La indemnización ha de constituir, así, un valor objetivo y actual; es decir, el valor que realmente tiene la cosa para la generalidad en el mercado de los bienes de esa especie, correspondiente al lugar del bien expropiado y al tiempo de desposesión. Es el valor en plaza y al contado lo que otorga el carácter actual y objetivo al justiprecio, porque se tiene en cuenta el libre juego de la oferta y la demanda, ajustándolo a los efectos de su razonabilidad, no solo a las cualidades intrínsecas de la cosa expropiada, sino también a las circunstancias de tiempo y lugar⁶⁹².

También, y esto es un aspecto de vital importancia, para que pueda ser “justa”, la indemnización debe incluir la depreciación monetaria y los intereses de mora, ya que si ello no es tomado en cuenta no se verificaría el valor de sustitución que la indemnización conlleva⁶⁹³. En este sentido, la corrección monetaria deberá hacerse hasta que se realice el pago efectivo

⁶⁹² Vid. GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis, “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”...*obra citada*.

⁶⁹³ Véanse, entre otras, sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fechas 18 de octubre de 2000 y del 28 de abril de 2003; y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fechas 20 de febrero de 2003, 17 de julio de 2003 y del 14 de julio de 2005.

(ejecución de la sentencia)⁶⁹⁴, esto es, hasta el momento en que efectivamente reciba el particular la indemnización, pudiendo incluso exceder lo dispuesto en el avalúo definitivo, cuando el monto que éste revela no se encuentra indexado⁶⁹⁵.

En este sentido, la doctrina considera que la indemnización no constituye una “*deuda de cantidad*”, sino una “*deuda de valor*”, ya que el momento de su verificación queda sujeto a una determinación ulterior, debiendo el monto respectivo ajustarse en la oportunidad en que se materialice el pago⁶⁹⁶.

Debe expresarse igualmente, que la indemnización debe estar exenta del pago de tributos, pues ello afecta su integridad y su suficiencia para reemplazar al bien expropiado.

En definitiva, sólo después que el Juez verifica que el ente expropiante efectuó la justa indemnización, bien con la entrega directa del monto, o a través de depósito bancario, como se explicó en acápite anterior, es que ordenará la traslación de la propiedad, expidiendo al efecto la copia certificada de la sentencia de expropiación⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ Sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de mayo de 2003.

⁶⁹⁵ Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fechas 20 de marzo de 2002 y de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, del 22 de febrero de 2006.

⁶⁹⁶ *Ídem*.

⁶⁹⁷ Vid. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o Vías de Hecho?...obra citada*, pp. 106 y 107.

CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales constituyen la esencia misma del constitucionalismo actual. El contenido y alcance que de ellos se efectúe en la norma más alta del ordenamiento jurídico, determina el modelo constitucional de la sociedad.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, adoptado por Venezuela y España, los derechos fundamentales tienen una doble función: representan la principal garantía que tienen los ciudadanos de que el sistema jurídico y político se encuentra orientado, tanto al respeto y promoción de sus libertades esenciales, como del conjunto de principios, valores o fines proclamados, y contribuyen a conformar el orden jurídico para el disfrute efectivo, por el mayor número posible de personas, de las posiciones jurídicas aseguradas, con la consecuente responsabilidad del Estado en la tarea de procurar que ello pueda hacerse realidad.

Al estar ubicados en un plano superior de juricidad, como es el constitucional, vinculan a todos los poderes públicos y son resistentes a cualquier intento por parte de éstos de reducir sus posibilidades de goce y ejercicio, cuando menos en su núcleo esencial.

Todos los derechos, en la medida en que se reconocen en un ordenamiento, son limitados. No hay derechos absolutos.

Desde la propia Constitución se habilita al Poder Público (el legislativo en especial) para establecer regulaciones a las libertades y derechos esenciales de la persona, previo el cumplimiento de determinados requisitos que determinan la licitud del actuar estatal.

La reserva legal es, principalmente, una garantía de los derechos fundamentales. Es la más importante de las condiciones formales generales para una limitación de las libertades esenciales de la persona. Tiene una

doble dimensión: una clásica, de significación negativa, ya que contiene la prohibición de que normas o actos del poder público distintos a la ley formal puedan disminuir, o afectar de manera independiente, el contenido del derecho fundamental; otra dimensión de carácter positivo, al comprender un mandato o una habilitación dirigida al legislador para el desarrollo o la restricción del derecho.

En el ordenamiento Español, la materia de la reserva legal contiene una previsión expresa en el artículo 53.1 de la Constitución; por el contrario, en Venezuela no se encuentra establecida taxativamente, sino que se extrae del artículo 156, numeral 32 Constitucional, cuyo contexto regula el reparto de competencias entre el Poder Público Nacional, Estatal y Municipal.

Si bien ambos ordenamientos reservan a la ley orgánica lo relativo al desarrollo de los derechos constitucionales o de algunos de éstos, presentan discrepancias sustanciales sobre la facultad del ejecutivo para dictar, en materia de derechos fundamentales, Decretos-leyes con ese carácter orgánico. En el caso de venezolano, no existe un límite material que impida al Presidente de la República dictar, en razón de la habilitación del legislativo, Decretos con carácter de Ley Orgánica, pudiendo, a su vez, regular todo lo concerniente al ámbito de los derechos fundamentales. El ordenamiento Español, por el contrario, restringe expresamente tal posibilidad.

Al establecer limitaciones a las libertades ciudadanas, el Legislador debe efectuar un análisis de la estructura de la norma que consagra al derecho fundamental. Para ello, habrá de diferenciar el ámbito inicialmente protegido por el derecho fundamental (qué protege) y lo que éste realmente asegura (contra qué protege, o garantía efectiva), teniendo en cuenta su literalidad, su génesis e inserción sistemática en la norma constitucional.

Así, la interpretación de los derechos fundamentales en la Constitución, exige examinar la concreta formulación del precepto

constitucional en que se encuentran reconocidos, para, de seguidas, valorar la incidencia de las restantes normas constitucionales en el derecho que se trate, desde los valores en que tales disposiciones se fundan y que buscan proteger y fomentar.

Frente a la tarea normativa que le es reconocida al Legislador en la Constitución, subsiste la obligación de dejar a salvo una parte del derecho. La garantía de la intangibilidad de la esencia de los derechos fundamentales, así, comprende una barrera infranqueable para el legislador.

Por ello, la acción limitadora o de regulación de los derechos fundamentales por parte del legislador, debe efectuar la completa determinación del contenido del derecho, cuya esencia o núcleo no le es dable traspasar, ponderando, entonces, los distintos intereses públicos y privados en juego.

En la determinación del contenido del derecho, el principio de proporcionalidad juega un papel preponderante, ya que permite relacionar los elementos que motivan la intervención restrictiva de derechos constitucionales, excluyendo cualquier posibilidad de que los derechos o intereses subjetivos sean afectados de manera injustificada.

Como posibilidad de defensa de las libertades esenciales de la persona, el derecho a la jurisdicción constituye un presupuesto necesario para la vigencia de los derechos fundamentales.

Así, el control jurisdiccional es la piedra angular en la protección de los derechos fundamentales. El Juez constituye una pieza fundamental para el Derecho, estando obligado al restablecimiento real, oportuno, eficaz e integral de los derechos e intereses de los ciudadanos vulnerados o menoscabados.

Cada vez que sean menoscabados los derechos de los particulares, los tribunales tienen la obligación, en razón del derecho fundamental a la

tutela judicial efectiva, de restablecer oportuna, contundente e íntegramente la situación antijurídica creada.

La protección de las libertades ciudadanas, que dan contenido a los principios y valores superiores que informan el ordenamiento jurídico, a la vez que limitan el ejercicio del Poder Público en todas sus expresiones, se produce únicamente en Estados Democráticos. La democracia, en este sentido, es el instrumento principal de defensa de los derechos de libertad.

Únicamente los Estados Democráticos protegen los derechos del hombre; los Estados Autoritarios son antiliberales y antidemocráticos.

Sólo bajo el sistema democrático se suscitan las colisiones entre derechos, o entre un derecho y algún interés público; de ahí que el legislador, a la hora de establecer limitaciones sobre los derechos fundamentales, ha de tener en cuenta su incidencia en el sistema democrático, en donde la ponderación entre el derecho afectado, por un lado, y el interés público o los derechos de terceros, por el otro, debe considerar tales implicaciones.

Así, la finalidad de la Ley limitativa debe ajustarse a los principios democráticos, y la ponderación entre el medio empleado y el fin perseguido deben corresponderse con el orden de valores propios del orden democrático.

En el contexto de las libertades personales, la garantía patrimonial de la propiedad privada ocupa un lugar central en el constitucionalismo, al constituir uno de sus presupuestos principales, pues, la libertad no es posible sin propiedad privada.

El derecho de propiedad privada se encuentra establecido en los artículos 33 de la Constitución de España y 115 de la Constitución Venezolana; sin embargo, tales preceptos no lo definen; por ende, es a partir de la interpretación que se efectúe de esos Textos Fundamentales que se

puede precisar, en cada caso, una noción de tal derecho y, con ello, las técnicas jurídicas que permiten fijar su núcleo y determinar su ámbito de protección frente al Estado.

La propiedad privada protegida por los Textos Constitucionales de Venezuela y España, no es únicamente aquella que tiene como objeto bienes (materiales o inmateriales), sino también los demás derechos de contenido patrimonial.

En el caso de España, el artículo 33 de la Constitución no determina de antemano los bienes que son susceptibles de apropiación privada, como tampoco el concreto haz de facultades que lo conforman, y del que podrán ser titulares los particulares, así como los deberes y cargas que habrá de cumplir o realizar quien sea su titular. Ello dependerá, según el artículo 33.2 *eiusdem*, de lo que determine la Ley de acuerdo con el bien objeto del derecho y los intereses sociales e individuales concurrentes; es decir, de acuerdo con el principio normativo de la función social que haya de realizar el tipo o forma de propiedad que se trate.

Tampoco la Constitución de Venezuela prevé un listado de los bienes que han de entenderse englobados bajo tal acepción. Sin embargo, a diferencia del artículo 33 de la Constitución Española, el Texto Fundamental venezolano enumera los atributos que comprende ese derecho (uso, goce, disfrute y disposición)

En el ordenamiento Español, la propiedad es un derecho funcionalizado por expresa disposición del artículo 33.2 de la Norma Constitucional; la función social es inherente al derecho mismo que, por lo demás, integra su contenido esencial, puesto que éste se compone de los elementos sustanciales del derecho, sin los cuales no sería “recognoscible”.

En Venezuela, el artículo 115 de la Constitución de 1999 no alude a la

noción de función social como fundamento para limitar el derecho de propiedad. Esta omisión, sin embargo, no desvirtúa el hecho de que en el ordenamiento jurídico venezolano la propiedad cumple una eminente función social (tal y como ha reconocido la jurisprudencia), cuya afectación por parte del Estado se hace posible para la satisfacción de los intereses colectivos en razón de la cláusula general del Estado Social que propugna el Texto Constitucional, lo cual, además, aparece implícito en la norma (art. 115), al prever que *“la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”*. Entonces, en el ordenamiento jurídico de Venezuela, las nociones de *“utilidad pública y de interés general”* forman parte esencial del concepto del derecho de propiedad, cuyas connotaciones serán las mismas al de función social previsto en España.

Lo anterior, no significa que esas *“contribuciones, restricciones y obligaciones”* tengan que ser consagradas sobre la generalidad de bienes o derechos sobre los cuales pueda recaer el derecho de propiedad, teniendo en consecuencia plena vigencia la previsión contenida en el dispositivo 545 del Código Civil Venezolano, que prevé el derecho de propiedad, sobre aquellos supuestos dominicales que no hayan sido limitados por el Legislador.

En el ordenamiento Español, también la previsión contenida en el artículo 348 del Código Civil, que consagra el derecho de propiedad, tendrá plena vigencia en los supuestos en los cuales el legislador, conforme al artículo 33.2 de la Constitución, no haya procedido a delimitar por Ley el derecho de propiedad en razón de la noción de función social para todos los bienes o derechos sobre los cuales pueda recaer.

Si bien las nociones de *“utilidad pública o de interés general”*, o la de *“función social”*, según se trate, constituyen un elemento esencial del derecho de propiedad, requieren para su operatividad de la previa existencia

de una Ley que determine su forma de actuación en cada caso concreto. En este sentido, tanto el artículo 115 de la Constitución Venezolana, como el artículo 33.2 de la Constitución de España, deben ser considerados como una *“norma abierta”*, que conmina al Legislador a que proceda a limitar el derecho de propiedad. Hasta tanto ello no se produzca, a partir de la noción de *“utilidad pública o de interés general”*, o la de *“función social”*, la Administración no podrá establecer límites a dicho derecho.

Ambos ordenamientos reconocen a la propiedad como un derecho subjetivo legítimo y con pleno vigor (en el caso de España, en los artículos 33.1 del Texto Fundamental y 348 del Código Civil; en el Venezolano, en el artículo 115 Constitucional y el precepto 545 del Código Civil), con un *“destino teleologizado”* en función de intereses colectivos, en el que coexisten en equilibrio el interés individual y el interés público. Entonces, el interés del particular y la noción de la *“función social”* (caso de España) o de *“utilidad pública y de interés general”* (caso de Venezuela), se constituyen como *“títulos específicos de limitación”* del derecho de propiedad.

En virtud de la ubicación del artículo 33 en la arquitectura sistemática de la Constitución Española, el derecho de propiedad privada no puede considerarse como un *“derecho fundamental”*. No obstante, ello se circunscribe únicamente a la concreta diferenciación que contiene la Constitución Española sobre los distintos derechos consagrados en el Título I (reserva legal cualificada y tutela judicial reforzada). En este sentido, según las normas establecidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como en los demás los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, que reconocen el carácter fundamental del derecho de propiedad privada, sí podrá ser considerado éste como un *“derecho fundamental”* en el ordenamiento jurídico español, tal y como prevén los artículos 9.1, 10.2 y 96.1 de la Constitución.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a diferencia de la Constitución Española, al formular el catálogo de derechos no hace diferencias entre los derechos reconocidos, gozando todos ellos de los rasgos característicos de los “*derechos fundamentales*”, dentro de los cuales se encuentra el derecho de propiedad. De esta manera, a los efectos de la Constitución Venezolana, el derecho de propiedad es un “*derecho fundamental*”.

La propiedad privada en los ordenamientos jurídicos de Venezuela y España, es una propiedad positiva y eficaz en virtud de su reconocimiento constitucional; no necesita de subordinación a interés público alguno para surtir plenos efectos; goza de protección constitucional, a tal punto que, aún en los casos de expropiación forzosa, el Estado se ve constreñido a cumplir - rigurosamente - con una serie de requisitos que resultan determinantes en la licitud de su actuación; en consecuencia, no es un “*derecho subjetivo debilitado*”, pues si bien queda destruido en los supuestos expropiatorios, se construye en virtud de él el “*derecho a la indemnización*”, el cual, además, hasta tanto no sea satisfecho no produce la transferencia del dominio.

Tanto en España como en Venezuela es reconocida la doble valencia que tienen los derechos fundamentales. Este carácter dual de los derechos es también extendido por ambos ordenamientos jurídicos al derecho de propiedad. En este sentido, la vertiente objetiva o institucional ha sido calificada tradicionalmente como una garantía de la propiedad como institución (garantía institucional) frente a las delimitaciones que efectúe el Legislador. No obstante, dado el carácter jurídico objetivo de los derechos fundamentales, la determinación de esa garantía de instituto en lo que respecta al derecho de propiedad privada resulta innecesaria, en razón de las previsiones contenidas en los preceptos 1.1, 9.1, 9.3 y 10.1 del Texto Constitucional Español, así como en los artículos 2, 3 y 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En el artículo 33.2 del Texto Constitucional Español y en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se apodera al legislador para regular específicamente la “*delimitación*” o “*configuración*” del contenido material del derecho de propiedad, de acuerdo a una directriz precisa, como lo es, la noción de “*función social*” en el caso español, y de “*utilidad pública o interés general*” en el caso venezolano, como pieza integrante del derecho mismo.

De esta manera, la noción de “*función social*” o de “*utilidad pública o de interés general*”, representa una directriz para el legislador (no una potestad facultativa), quién a la hora de cumplimentar el derecho de propiedad en las distintas categorías de bienes, debe hacerlo con arreglo a los intereses sociales puestos en juego y teniendo como límite la intangibilidad del contenido esencial.

El contenido esencial del derecho de propiedad no se encuentra determinado en la Constitución, sino que es un “*concepto jurídico indeterminado*”, requiriendo para su determinación de la previa delimitación del contenido normal del derecho, el cual no se integra por una “*suma de facultades*”, sino por una “*síntesis*” de ellas.

A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, acogida en el ordenamiento jurídico venezolano, resultan determinantes dos elementos básicos en la configuración del derecho subjetivo; el primero, viene dado por la “*naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho*”, es decir, la “*vía interna*” del derecho, el “*haz de facultades*” o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea “*reconocible*” como “*derecho fundamental*”, sin las cuales deja de pertenecer a esa categoría, desnaturalizándose, y todo ello referido “*al momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas*”. El otro elemento, es lo que se ha dado en llamar como los

“intereses jurídicamente protegidos”, esto es, el “núcleo y médula” de los derechos subjetivos, la “vía externa” del derecho, “el goce, la ganancia o ventaja” en que se materializa la situación de poder y por lo cual ha sido concedida, de tal manera que se rebasaría o desconocería el contenido esencial cuando el derecho quede sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Ambos elementos representan dos momentos diferentes de la misma realidad: situación de goce y disfrute y el conjunto de facultades otorgadas para la efectividad de dicha situación.

Así pues, el contenido esencial de la propiedad privada comprende varios elementos inseparables: de un lado, la función individual y la rentabilidad económica, y de otro, la utilidad o función social; seguidamente, que el contenido esencial hace referencia a las facultades indisponibles que integran el derecho; y por último, que para la conciencia jurídica general, el dominio (derecho real por excelencia) se compone de dos facultades: la de goce o aprovechamiento y la de disposición (enajenación o traslación).

El propósito o finalidad inmediata para el cual se reconoce al titular el derecho de propiedad privada, no es otro que el aprovechamiento económico que previene de la utilización del bien; ello es lo que constituye la esencia o sustancia íntima del derecho de propiedad. La facultad de goce, pues, forma parte del contenido esencial de la propiedad.

En razón de la reserva de Ley, puede el Legislador asignar los usos a cada categoría de bienes; tiene un amplio margen en la elección del tipo de goce y disposición, como también para determinar la completa graduación del dominio; empero, le está vedada su supresión, debiendo procurar, en todo momento, la existencia de un aprovechamiento que beneficie al titular.

La delimitación que efectúa el Legislador en razón de la habilitación que le es reconocida por la reserva legal específica, no comprende un deber

de indemnización al titular por parte del Estado, pues, ésta procede únicamente el caso de que se produzca una privación de todo o parte del derecho, o se rebase o menoscabe el contenido esencial dominical, al tener entonces naturaleza expropiatoria.

La norma que se dicte con ocasión de la reserva legal específica contenida en ambos ordenamientos para la regulación del derecho de propiedad, ha de adoptar la forma jurídica de la ley formal ordinaria.

Ambos ordenamientos no establecen una reserva absoluta, rígida o completa a favor de la Ley para la regulación del derecho de propiedad, por lo que es posible la colaboración reglamentaria.

En el ordenamiento jurídico español, solo de manera excepcional y en casos de extrema urgencia, la materia dominical es susceptible de regulación mediante normas con rango y fuerza propias de la ley (Decreto-ley) por parte del Gobierno de la Nación, en virtud del artículo 86.1 de la Constitución y según la doctrina del propio Tribunal Constitucional.

En el caso venezolano, la Constitución de 1999 (art. 203) consagra la potestad del Presidente de la República, para dictar en Consejo de Ministros, previa habilitación legislativa de la Asamblea Nacional y bajo los límites materiales y temporales que ella misma imponga, Decretos con fuerza de Ley, pudiendo entonces imponer contribuciones, cargas, limitaciones o restricciones sobre el derecho de propiedad, sin necesidad de acudir al proceso de formación de leyes previsto en los artículos 202 y 215 del Texto Fundamental.

No brindan las Constituciones de España y de Venezuela una definición de la expropiación. En el caso de España, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha señalado el carácter implícito que de ese concepto se desprende del artículo 33.3 del Texto Fundamental, concediendo, además, pleno vigor al artículo 1 de la Ley de Expropiación

Forzosa de 1954, de carácter preconstitucional. En Venezuela, por su parte, tal noción se encuentra contemplada en el artículo 2 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de 2002, de manera expresa.

El supuesto típico expropiatorio previsto en ambos ordenamientos es el llevado a cabo por la Administración Pública (expropiación administrativa, clásica o en sentido estricto). No obstante, en España tienen lugar las denominadas expropiaciones legislativas que, si bien tienen carácter excepcional por su infrecuencia, tienen plena vigencia en el ordenamiento jurídico. Tal figura, por el contrario, no resulta admisible en Venezuela, siendo inconstitucional cualquier regulación al respecto.

Coinciden los ordenamientos jurídicos de Venezuela y España en los requisitos constitucionales de la expropiación: existencia de razones justificadas de utilidad pública o de interés social, que se produzca la correspondiente indemnización, y que se efectúe conforme a lo establecido por las leyes.

Ambos Textos Constitucionales consagran a la expropiación bajo una doble perspectiva o dimensión: como garantía constitucional del derecho de propiedad privada, y como instrumento positivo a disposición del poder público para que pueda dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la satisfacción del interés general.

La expropiación se configura, además, como una garantía patrimonial integral, ya que opera tanto a favor del propietario, como del titular de cualquier otro derecho o interés de contenido económico.

En su condición de potestad pública, permite al Estado apoderarse de ciertos bienes de los particulares de forma coactiva o forzosa, en razón de los intereses que puedan surgir con motivo de la realización de obras de utilidad pública o actividades de interés social que aquél pretenda ejecutar.

La expropiación se encuentra conferida por la Ley, es decir, que no nace de una relación jurídica concreta, y, por tanto, no tiene como contrapeso un deber o un derecho, sino el sometimiento del particular a los efectos jurídicos que de ella devienen (relación de sujeción).

Se trata de una potestad administrativa formal, que se extiende a un marco genérico de posibles objetos; no encuentra enfrente a obligados singulares, prestaciones o actuaciones debidas, sino sujeciones, vinculaciones pasivas (situación pasiva de inercia) de soportar sus efectos propios.

La transferencia de la titularidad se produce de manera obligatoria o coactiva, esto es, que procede aún en contra de la voluntad del expropiado.

El carácter coactivo de la expropiación no se pierde por el hecho de que los sujetos intervinientes puedan convenir de mutuo acuerdo la adquisición de los bienes o derechos.

El elemento de coercitividad distingue a la expropiación de los supuestos que determinan el instituto de la responsabilidad administrativa, como también de la compra-venta de derecho privado, en la cual las partes acuerdan las condiciones de la operación.

Como garantía del derecho de los particulares, puede ser clasificada en tres grupos: *i)* como una garantía jurídica; *ii)* como una garantía patrimonial; y *iii)* como una garantía de devolución.

La expropiación, así, *“es una garantía constitucional”* a favor de los ciudadanos, desde que es un *“mecanismo de protección y salvaguarda del derecho de propiedad”*.

El ejercicio de la potestad expropiatoria se halla legitimado en la existencia o determinación de una causa precisa que ha de estar específicamente tasada en la Ley. Tal causa ha de ser, o bien la utilidad

pública, o bien el interés social.

Utilidad pública e interés social son conceptos diferentes. Así, por utilidad pública deben entenderse las exigencias del funcionamiento de la Administración, en campos como obras públicas o servicios públicos, o de sus concesionarios; por interés social, habrá de entenderse cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario, distinto del supuesto anterior.

La declaratoria de utilidad pública o interés social contenida en la Ley no genera consecuencia alguna respecto a la propiedad privada, en tanto no establece ninguna limitación, pues, sólo habilita a la Administración para que pueda ejercer la potestad expropiatoria de la que se encuentra investida.

La declaratoria de utilidad pública o interés social no constituye una fase del procedimiento de expropiación, ni la necesidad formal de su precedencia se traduce en obligación para la Administración de proceder a expropiar.

La declaratoria de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto de la expropiación, constituye el presupuesto habilitante de la operación expropiatoria. No es una fase o trámite del procedimiento, ni siquiera el inicial.

La forma en que se efectúa esta declaración puede ser expresa o de manera implícita.

La nota común en ambos ordenamientos, es que la declaratoria de utilidad pública o interés social se vea materializada en la técnica de las declaraciones implícitas.

La razón que justifica, legitima y valida el ejercicio de la potestad expropiatoria por parte de la Administración es la *causa expropriandi*; su ausencia, incluida la anulación del instrumento o acto por la que se fije,

determina que la actuación de la Administración constituya una “*vía de hecho*”, esto es, que se entienda como si no se hubiese tramitado algún procedimiento que diere cobertura formal a las actuaciones expropiantes.

La *causa expropriandi* constituye el fin para el que se expropia, consistente en la dedicación de la cosa a una determinada actividad pública como razón permanente, puesto que, de lo contrario, y como garantía del sujeto expropiado, operaría el derecho de éste de solicitar la devolución del bien objeto de la expropiación (garantía de retrocesión).

Si el expropiante no destina el bien a la finalidad con cuya invocación se justificó la expropiación, ésta se revela innecesaria, surgiendo el derecho al propietario afectado de recuperar el bien que le fue expropiado, ya que permanece en poder del beneficiario sin causa formal alguna.

El derecho de reversión forma parte de la esencia de la expropiación y, por tanto, se integra en el núcleo indisponible por el legislador de la institución expropiatoria: su reconocimiento no depende del arbitrio del legislador, sino que forma parte de la garantía constitucional de la propiedad.

La reversión es consustancial al derecho de propiedad y al ejercicio de la potestad expropiatoria, que se configura como instrumento, más que de salvaguarda de los intereses particulares del expropiado, de protección del interés general.

En el ordenamiento jurídico español, se distinguen claramente tres posibles sujetos en la expropiación, a saber: expropiante, beneficiario y expropiado; por su parte, en el caso de Venezuela, los sujetos que intervienen en el procedimiento expropiatorio son identificados como legitimados activos y legitimados pasivos, no existiendo aquí la figura del beneficiario de la expropiación.

El objeto expropiatorio se halla comprendido por todos los bienes y derechos de naturaleza patrimonial (reales o de crédito), sean de Derecho

Privado o de Derecho Público, lo cual excluye, por interpretación en contrario, a los derechos de naturaleza no patrimonial, es decir, los de orden estrictamente personal: “*derechos de la personalidad y los de carácter familiar*”, toda vez que son bienes “*extra commercium*”.

La afectación del derecho no requiere ser plena; basta que la expropiación implique la privación de una parte del haz de facultades o utilidades que constituyen la plena titularidad sobre el bien o derecho, es decir, cualquier menoscabo que resulte a consecuencia de tal privación coactiva.

El procedimiento expropiatorio se inicia, en caso español, con la Declaración o el Acuerdo de Necesidad de Ocupación; en el caso venezolano, con el Decreto de Expropiación. Constituyen tales actuaciones un acto administrativo de efectos particulares, de carácter concreto, que contiene la decisión de la autoridad administrativa de ejecutar o realizar la obra previamente declarada de utilidad pública o de interés social, indicando la necesidad de emplear determinados bienes para ello.

Tales actos, en uno u otro ordenamiento, constituyen el primer paso de la expropiación; suponen la materialización de la *causa expropriandi*.

Esta primera fase del procedimiento tiene un sentido de complementariedad con la declaración de utilidad pública o de interés social, al concretarse la identificación precisa de los bienes que son afectados en el mecanismo expropiatorio.

El procedimiento adoptado en el ordenamiento jurídico español en materia expropiatoria es el de autotutela administrativa exclusiva. En Venezuela, por el contrario, no puede afectarse la propiedad privada sin que la Administración no haya iniciado un juicio y recibido la conformidad judicial por sentencia firme, tal y como se encuentra establecido en el artículo 115 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley de Expropiación por Causa de

Utilidad Pública o Social.

En el derecho venezolano, la expropiación, como garantía constitucional del derecho de propiedad privada, constituye un freno a la autotutela administrativa, que viene a ser el privilegio por excelencia y general que arroja a la Administración Pública para actuar con eficiencia en procura del interés general.

El ejercicio de la potestad expropiatoria por la Administración, produce como efecto directo e inmediato, que el administrado quede sujeto a un sacrificio singular en su patrimonio, es decir, que afecta únicamente a partes específicas de éste, no a su integridad económica, quedando compensado con una indemnización pecuniaria que restablezca la sustracción de valor en el que dicho sacrificio expropiatorio se concreta.

La indemnización se constituye, entonces, como un derecho para el expropiado; a su vez, comporta una obligación, un requisito esencial y presupuesto indispensable para que el sujeto expropiante pueda adquirir los bienes o derechos cuya expropiación se pretende.

La regla general es la obligación del pago del justiprecio con carácter previo a la ocupación del bien o derecho. Sin embargo, dicha regla admite excepciones, al contemplarse situaciones en las cuales ese pago puede ser efectuado con posterioridad a la ocupación del bien, como son, en el ordenamiento español, la necesidad de urgente ocupación, las ocupaciones temporales y los casos de destrucción, detrimento efectivo o requisas; y en la legislación venezolana, los supuestos de la ocupación previa y de la ocupación temporal.

La indemnización es un “*presupuesto de legitimidad del ejercicio de la potestad expropiatoria*”, y por ende se resuelve en una carga que ha de cumplir el ente expropiante para poder consumir la expropiación. La justa indemnización deviene, así, en “*conditio iuris*” de la producción del efecto

expropiatorio.

La indemnización atiende a una doble condición: deber ser *actual e integral*; actual, ya que debe corresponder al valor que tiene el bien al momento en que se produce la traslación de la propiedad al expropiante; integral, toda vez que debe comprender cuanto sea necesario para que el bien que adquiere el expropiante, sea equivalente en su valor a lo que se compensa al expropiado por su pérdida o privación.

La indemnización expropiatoria se diferencia de la indemnización derivada de la responsabilidad administrativa; entre ellas no hay identidad más que aparente: la causa de la indemnización expropiatoria no es la reparación de un daño previamente consumado, sino una compensación de enriquecimiento patrimonial; por otra parte, la naturaleza jurídica de la indemnización expropiatoria es su carácter preventivo, que la eleva a presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad de expropiar.

Tanto el ordenamiento español como el venezolano, contemplan la posibilidad de un procedimiento (urgencia en el primer caso, y de ocupación previa en el otro) que permite al ente expropiante ocupar anticipadamente, tanto a la traslación de dominio como al pago de la justa indemnización, el bien objeto de expropiación, con el fin de dar inicio a la obra de utilidad pública o social, bajo la premisa que debe ser realizada de “urgencia”.

Tales procedimientos, en la práctica de ambos países, han experimentado una generalidad que les desnaturaliza, ya que la mayoría de las expropiaciones son tramitadas a través de ellos, siendo excepcionales las que se siguen por medio del procedimiento general. Tal situación ha devenido en lo que se ha llamado la “crisis del sistema expropiatorio”, que reclama una reforma legislativa a profundidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales No. 14*, 1993.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, segunda edición en castellano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BADELL MADRID, Rafael, “Limitaciones legales al derecho de propiedad”, en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor) *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 7, Caracas, 2002.

BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela*, Caracas, 2014.

BAÑO LEÓN, José María, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 24, septiembre-diciembre, 1998.

BARCELONA LLOP, Javier, *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, editorial Civitas, Madrid, 1988.

BARNÉS, Javier, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

BERMÚDEZ ALFONSO, Diógenes, “La justa indemnización en la actividad expropiatoria”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 106, UCV, Caracas, 1998.

BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, 15º reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.

BON, Pierre, “El estatuto constitucional del derecho de propiedad”, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

BONILLA MALDONADO, Daniel, “La función social de la propiedad en perspectiva comparada”, en BONILLA MALDONADO, Daniel (Coordinador), *La función social de la propiedad*, EUDEBA, Buenos Aires, 2013.

BREWER CARÍAS, Allan R. y AYALA CORAO, Carlos, *El derecho a la intimidad y a la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

BREWER-CARÍAS, Allan R., “Introducción general al Régimen de la Expropiación”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., LINARES BENZO, Gustavo, AGUERREVERE VALERO, Dolores y BALASO TEJERA, Caterina, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos, No. 26, Caracas, 2002.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, Vol. V., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013.

CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, “El papel de la propiedad privada en el derecho”, en *Enfoques actuales sobre derecho y libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y sociales, Caracas, 2013.

CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, “Tutela Judicial Efectiva, Contencioso Administrativo y Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Administrativo* No. 7, Septiembre – Diciembre, Editorial Sherwood, Caracas, 1999.

CANOVA GONZÁLEZ, Antonio; HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina, *¿Expropiaciones o vías de hecho? (la degradación del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, FUNEDA-UCAB, Caracas, 2009.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, *Las servidumbres administrativas (Delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Editorial Lex Nova, 2003.

CARTEI, Gian Franco, "La propiedad en la Constitución Italiana", en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

CASAL H., Jesús María, "Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales", en ARISMENDI A., Alfredo y CABALLERO ORTÍZ, Jesús (Coordinadores), *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo III, Civitas, Madrid, 2003.

CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Legis, Caracas, 2010.

CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, UCAB, Caracas, 2006.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid, 1991.

COLINA GAREA, Rafael *La función social de la propiedad privada en la Constitución de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, "El legislador de los derechos fundamentales", en LÓPEZ PINA, Antonio (Director), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 25, 1989.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

DÍEZ PICAZO, Luis y FRAILE ORTÍZ, María, "Derecho a la tutela judicial efectiva", en ARAGÓN REYES, Manuel (Director) y AGUADO RENEDO, César (Coordinador), *Derechos fundamentales y su protección. Temas*

básicos de Derecho Constitucional, Tomo III, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile, 1987

DUQUE CORREDOR, Román J., *Procesos sobre la propiedad y la posesión*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 98, Caracas 2013.

DUQUE CORREDOR, Román, *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Editorial Legis, 2008.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012.

ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.

FARÍA VILLARREAL, Innés, "Las limitaciones administrativas a la Propiedad Privada en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en PARRA ARANGUREN, Fernando, *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 7, Caracas, 2002.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 4º edición, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores Utrilla, *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa. Derecho de la Unión Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, séptima edición, Editorial Trotta, Madrid, 2016.

FUERTES LÓPEZ, F. Javier, "El justiprecio expropiatorio y la retasación", en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

FUERTE, Mercedes, “Los intereses expropiatorios: ¿burla o retribución?”, en SOSA WAGNER, Francisco (Coordinador), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ; Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomos I y II, Duodécima edición, Thomson, Civitas, Madrid, 2004

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el derecho comparado”, en: *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo III, Civitas ediciones, Madrid, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, en *Revista de Administración Pública*, No. 141, septiembre-diciembre 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5º edición ampliada-reimpresión, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, 3º Edición ampliada, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

GARCÍA SOTO, Carlos, *La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2013.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, 11º edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis, “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”, en

GHAZZAOUI, Ramsis (Coordinador), *Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: vigencia, reforma e innovación*, XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, FUNEDA, Caracas, 2014.

GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis, “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y BÉJAR RIVERA, Luis José (Coordinadores), *El Derecho Administrativo en Iberoamérica, Libro Homenaje al Profesor Mariano Brito*, Universidad Panamericana, México, 2014.

GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis, “Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad”, en *Democracia, Derecho e Instituciones*, Cuadernos UCAB, Num. 12, Dirección General de Postgrado, UCAB, Caracas, 2014.

GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis, *El principio general de proporcionalidad como límite de la discrecionalidad administrativa*, UCAB, Caracas, 2012.

GHAZZAOUI, Ramsis, “El Control Contencioso Administrativo sobre las vías de hecho”, en CANÓNICO SARABIA, Alejandro (Coordinador), en *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros mecanismos de Control del Poder Público*, Memorias del V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013, Editorial Jurídica Venezolana-CAJO, Caracas, 2013.

GIMENO FELIU, José María, *El Derecho de Reversión en la Ley de Expropiación Forzosa. Fundamentación y condiciones de ejercicio*, Civitas, Madrid. 1996.

HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.

HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo, “La indemnización expropiatoria en la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana”, en *Revista de Derecho Público*, No. 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho administrativo y Regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La expropiación en el derecho administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2014.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA/IESA, Caracas, 2004.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, "Contribución al estudio del artículo 101 de la Constitución de la República", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 89, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1993.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, "Las afectaciones y los mecanismos jurídicos para su control", en *Revista de la Fundación Procuraduría*, No. 17, Caracas, 1997.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

KIMMINICH, Otto, La propiedad en la Constitución Alemana, en BARNÉS, Javier (Coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

KIRIAKIDIS L., Jorge C., "Notas para una aproximación constitucional a la facultad expropiatoria", en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. (Coordinador), *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo 2, Ediciones Paredes, Caracas, 2007.

LAGRANGE, Enrique, "Contribución al estudio de los modos de fijación de la indemnización en materia expropiatoria", en *Revista de la Fundación Procuraduría N° 2*, Caracas, 1986.

LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001.

LINARES BENZO, Gustavo, "Innovaciones de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social del 21-05-2002", en BREWER-CARÍAS, Allan R., LINARES BENZO, Gustavo, AGUERREVERE VALERO, Dolores y BALASO TEJERA, Caterina, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

LINARES BENZO, Gustavo, "Los servicios públicos como limitación a la

libertad privada y prestación constitucionalmente garantizada”, en *Jornadas Colombo - Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

LINDE PANIAGUA, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, 4º edición, UNED-Colex Editorial, Madrid, 2012.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

LÓPEZ MENUDO, Francisco, CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio, *La expropiación forzosa*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006.

LÓPEZ y LÓPEZ, Antonio Manuel, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*, 3º edición, La Ley/El Consultor, Madrid, 2007.

LUNAR ORTEGA, Manuel, *Observaciones a la Ley de Expropiación*, Mobilibros, Caracas, 2003.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Editorial Comares, Granada, 2011.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Mc. Graw-Hill, 1996.

MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.

MOREU BALLALONGA, José Luis, “Límites constitucionales a la publicación de la propiedad privada”, en *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

MOSTAFÁ PAOLINI, Hadel (Magistrado), *Compilación de la Doctrina de la Sala Político Administrativa: Contencioso Administrativo: Tomo I*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Doctrina Judicial, No. 31, Caracas, 2009.

MUCI BORJAS, José Antonio, “El derecho a la retrocesión en le expropiación forzosa y la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicias en fecha 8 de diciembre de 1988”, en *Revista de Derecho Público*, Núm. 37, Enero-Marzo 1989, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989.

MUCI BORJAS, José Antonio, *La Retrocesión en la Expropiación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid, *El Derecho de propiedad del suelo: De la Constitución a la ordenación urbana*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración*, BOE, Madrid, 2015.

PALOMAR OLMEDA, Alberto y RUBIO ESCOBAR, Pedro, “La expropiación forzosa como potestad de la Administración y como posible derecho del expropiado”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, “El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. II, De los Derechos y Deberes Fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991.

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte General*, 15º edición, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PAREJO ALFONSO, Luciano y ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, *Comentarios a la Ley de Suelo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Algunas consideraciones del derecho de

propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en PARRA ARANGUREN, Fernando y RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando (Coordinadores), *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 Años Especialización en Derecho Administrativo*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 2, Caracas, Venezuela, 2001.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I, No. 3, septiembre-diciembre 1981.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Expropiación y Ley de Suelo” en BALLESTEROS ARRIBAS, Silvia (Directora); CASTELAO RODRIGUEZ, Julio; CORRAL GARCIA, Esteban y CASTRO ABELLA, Fernando (Coordinadores), *Administración Local, Estudios en homenaje a Angel Ballesteros*, La Ley Wolters Kluwer, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Expropiación forzosa y supuestos expropiatorios en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del regimen urbanístico y valoraciones del suelo” en *Revista Documentación Administrativa*, No. 222, 1990.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 19, octubre-diciembre, 1978.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “La propiedad urbana”, en BARNÉS, Javier (coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Problemas actuales del Derecho de propiedad”, *Revista de Derecho Urbanístico* No. 1, 1993.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Editorial Civitas,

Madrid, 1983.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1986.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

PEÑA SOLÍS, José, *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano. Tomo II: Los derechos políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales*, Ediciones Paredes, Caracas, 2014.

PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo, Vol. II*, segunda reimpresión, Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005.

PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa*, 5º edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los Derechos Fundamentales*, undécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, Alfonso, "Artículo 33. Propiedad privada y herencia", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Coordinador), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo III, Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1996.

Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso, en *Boletín Oficial de las Cortes*, No. 44, de 5 de enero de 1978.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*,

Editorial Trotta, Madrid, 2003.

RAFFALLI A., Juan M. "La afectación del derecho de propiedad mediante Decretos-Leyes dictados en ejercicio de Leyes Habilitantes", en PARRA ARANGUREN, Fernando (Editor), *Estudios de Derecho Civil, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorron dona*, Volumen II, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 5, Caracas, 2002.

RAMÍREZ-ESCUDERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2004.

RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)", *Revista de Derecho Público*, No. 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)", *Revista de Derecho Público*, No. 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)", *Revista de Derecho Público*, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.

RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)", *Revista de Derecho Público*, No. 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 1994", *Revista de Derecho Público*, No. 57-58, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994.

RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, "Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 2000", *Revista de Derecho Público*, No. 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

RAMOS FERNÁNDEZ, Mary y VILLEGAS SALAZAR, Marianella

“Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo)”, *Revista de Derecho Público*, No. 104, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2006”, *Revista de Derecho Público*, No. 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

RAMOS, Pedro Vicente, *Visión tridimensional de la propiedad privada*, UCAB, Caracas, 2008.

REBOLLO RICO, Alejandro, “La reversión”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro, *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

REY MARTÍNEZ, Fernando, *La propiedad privada en la Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

RODOTA, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, editorial Civitas, Madrid, 1987.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, No. 177, septiembre-diciembre, 2008.

RUBIO ESCOBAR, Pedro, “El control judicial de la causa expropiandi, y la defensa judicial del expropiado frente a su determinación”, en RUBIO ESCOBAR, Pedro (Coordinador), *La defensa judicial frente a una expropiación forzosa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo: Parte general*, Editorial Tecnos, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II, 2º edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.

SERRANO ALBERCA, José Manuel, *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

SILVA ARANGUREN, Antonio y LINARES BENZO, Gustavo, *La expropiación en Venezuela*, UCAB, 2011.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Límites de los derechos fundamentales”, en ARAGÓN REYES, Manuel (Director) y AGUADO RENEDO, César (Coordinador), *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Civitas, Thomson Reuters, segunda edición, Cizur Menor, 2011.

TURUHPIAL CARIELLO, Héctor, “La inconstitucionalidad de los vínculos de inedificabilidad y el caso del Nuevo Circo de Caracas”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, No. 6, Caracas, 1994.

TURUHPIAL, Héctor, “Las limitaciones al derecho de propiedad y su sujeción a los principios generales del derecho”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, No. 1, 2011.

URDANETA TROCONIS, Gustavo y RUGGERI, Ana María, “Propiedad y afectación: El caso de la propiedad agraria en Venezuela”, en *Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981.

VILLEGAS MORENO, José Luis, “El derecho de propiedad en la Constitución de 1999”, en PARRA ARANGUREN, Fernando y RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando (Coordinadores), *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 Años Especialización en Derecho Administrativo*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 2, Caracas, Venezuela, 2001.

20 años de jurisprudencia. Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en materia de: Expropiación. Años 1977.1996, FUNEDA, Caracas, 1998.